

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

**LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma
nova fundamentação da dimensão funcional do Direito
Civil brasileiro**

Tese apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Doutor em Direito
das Relações Sociais. Programa de Pós
Graduação em Direito do Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Edson
Fachin.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Antonio Junqueira de Azevedo
Faculdade de Direito, USP

Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Faculdade de Direito, UERJ

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 19 de junho de 2009.

RESUMO

A presente tese propõe uma nova fundamentação da dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil, centrada em uma compreensão plural da liberdade que pode permitir afirmar que contrato, propriedade e família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistenciais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer conseqüências materiais advindas do exercício desse direito. A proposta não se pretende uma fundamentação excludente de outras expressões funcionais, como a função social, mas admite uma interseção entre elas. Pauta-se em um conceito plural de liberdade, que é integrado não apenas pela autonomia privada, mas também apreende, quando menos, a liberdade substancial e a liberdade positiva pertinente a situações que extrapolam o patrimonial. Isso revela a inevitabilidade de um potencial conflito entre esses perfis de liberdade, o que é coerente com a lógica de uma sociedade plural, com também múltiplas concepções de bem. Busca superar, portanto, a histórica identidade entre liberdade individual e autonomia privada nas relações de Direito Civil. Parte, por isso, da problematização das pretensões de definir um sentido unitário para o conceito de liberdade, apontando a insuficiência desses conceitos unívocos. Passa pelo exame crítico da construção da autonomia privada no Direito Civil moderno, como situada preponderantemente no âmbito das relações patrimoniais, consistindo em liberdade formalmente assegurada que se exerce em um espaço de liberdade negativa como possibilidade de autorregulamentação de interesses privados. Constata a insuficiência do conceito para dar conta da incidência constitucionalmente exigível do direito fundamental de liberdade sobre as relações interprivadas. Prossegue realizando análise das funções dos institutos fundamentais do Direito Civil no século XIX, e de como esse modelo foi transformado no século XX pela “funcionalização social” sobretudo da propriedade e do contrato. Constata que o perfil dessa “funcionalização social” é predominantemente centrado em conceitos de caráter coletivista, como “bem-comum” e “interesse coletivo” que, todavia, ante a sua abertura semântica, adquirem múltiplos significados. Cogita da crise da função social, mas aponta a pertinência de um repensar da dimensão funcional do Direito Civil, o que oferece espaço para a noção de função como liberdade(s). Trata-se de afirmar que tanto o contrato como a propriedade e a família têm contributos a realizar em termos de liberdade(s) em favor de indivíduos e de grupos de indivíduos, ampliando o espaço de escolhas, incrementando opções de vida e ofertando possibilidades concretas de exercício efetivo dessas escolhas.

ABSTRACT

This thesis proposes a new foundation of functional dimension of the basic institutions of civil law, based on a plural concept of freedom that could allow say that contract, property and family are designed to either provide the protection, or the exercise, or the increase of coexistential freedoms of both the holder of a right and a third-party that may suffer concrete consequences arising from the exercise of that right. The attempt does not exclude other functional expressions, such as social function, but allows an intersection between them. It is ruled by a plural concept of freedom, which is integrated not only by private autonomy, but also comprises, at least, substantive freedom and positive freedom pertinent to situations that are beyond the patrimonial ones. This reveals the inevitability of potential competing of profiles of freedom, which is consistent with the logic of a plural society, also with plural ideas of good. Intends, thus, overcome the historical identity between individual freedom and private autonomy in civil law relations. Therefore, the thesis begins on questioning the claims of a unitary meaning to the concept of freedom, indicating the inadequacy of univocal concepts. Follows with the critical examination of the constitution of private autonomy in the modern civil law, that is placed predominantly in the context of property relations, consisting on a formally guaranteed liberty that is exercised in a field of negative freedom, that entitle somebody to self-regulate his/her own interests. Confirm the failure of the concept to comprise the constitutionally required incidence of the fundamental right of freedom on interprivate relations. Continues with the analysis of the institutes of civil law functions in the nineteenth century, and how this model was transformed in the twentieth century by the "social functionalization" of the property and the contract. Notes that the profile of this "social functionalization" is predominantly focused on collectivist concepts, as "the common good" and "collective interest" which, however, because of their semantic openness, acquire multiple meanings. Cogitates the crisis of social function, but suggests the requirement of rethinking the functional dimension of civil law, providing space for the concept of function as freedom(s). It is said that the contract, as well as the ownership and the family have contributions to implement in terms of freedom(s) in favor of individuals and groups of individuals, expanding the opportunities of choices, improving options of life and offering concrete possibilities of effective exercise of those choices.

RIASSUNTO

La presente tesi propone una nuova fondamentazione della dimensione funzionale degli istituti di base del Diritto Civile, centrata su una comprensione plurale della libertà che può permettere di affermare che contratto, proprietà e famiglia hanno per funzione propiziare ora la protezione, ora l'esercizio, ora l'incremento di libertà coesistenziali, sia del titolare di un diritto determinato sia di terzi che possono subire delle conseguenze materiali avvenute dall'esercizio di questo diritto. La proposta non si pretende una fondamentazione escludente di altre espressioni funzionali, come la funzione sociale, ma ammette un'intersezione fra loro. Si basa su un concetto plurale di libertà, che è integrato non soltanto dall'autonomia privata, ma comprende pure, quando meno, la libertà sostanziale e la libertà positiva pertinente a situazioni che vanno oltre il patrimoniale. Questo rivela l'inevitabilità di un potenziale conflitto tra questi profili di libertà, il quale è coerente con la logica di una società plurale, pure con diverse concezioni di bene. Cerca di superare, dunque, la storica identità fra libertà individuale e autonomia privata nei rapporti di Diritto Civile. Parte, quindi dalla problematizzazione delle pretese di definire un senso unitario per il concetto di libertà, segnalando l'insufficienza di questi concetti univoci. Passa dall'esame critico della costruzione dell'autonomia privata nel Diritto Civile odierno, come situata preponderantemente nell'ambito dei rapporti patrimoniali, consistendo in libertà formalmente assicurata che si esercita in uno spazio di libertà negativa come possibilità di autoregolamentazione di interessi privati. Constata l'insufficienza del concetto per assistere l'incidenza costituzionalmente esigibile del diritto fondamentale di libertà sui rapporti interprivati. Prossegue realizzando analisi delle funzioni degli istituti fondamentali del Diritto Civile nel secolo XIX, e come questo modello è stato trasformato nel secolo XX dalla "funzionalizzazione sociale" soprattutto della proprietà e del contratto. Constata che il profilo di questa "funzionalizzazione sociale" è predominantemente centrato su concetti di carattere collettivista, come "bene comune" e "interesse collettivo" che, però, a causa della sua ampiezza semantica, acquistano molteplici significati. Cogita della crisi della funzione sociale, ma indica la pertinenza di un ripensare della dimensione funzionale del Diritto Civile, il quale offre spazio alla nozione di funzione come libertà plurale. Si tratta di affermare che sia il contratto, sia la proprietà e la famiglia hanno dei contributi da realizzare in termini di libertà a favore degli individui e a gruppi di individui, ampliando lo spazio delle scelte, incrementando opzioni di vita e offrendo delle possibilità concrete di esercizio effettivo di queste scelte.

SUMÁRIO

RESUMO	III
ABSTRACT	IV
RIASSUNTO	V
INTRODUÇÃO	1
TÍTULO I – DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CIVIL MODERNO	10
1 DAS MÚLTIPLAS ACEPTÕES A RESPEITO DA LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE DE UMA UNICIDADE CONCEITUAL	12
1.1. PANORAMA INTRODUTÓRIO DAS DIFICULDADES CONCEITUAIS.....	13
1.2 LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA.....	25
1.3 LIBERDADE INDIVIDUAL E LIBERDADE COLETIVA.....	40
1.4 LIBERDADE COMO “INSUBMISSÃO”.....	50
1.5 LIBERDADE “FORMAL” E LIBERDADE “SUBSTANCIAL”: OU, “LIBERDADE COMO ABSTRAÇÃO” E “LIBERDADE COMO EFETIVIDADE”.....	59
2 DA VINCULAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E LIBERDADE NA FORMAÇÃO DO CAPITALISMO: O PENSAMENTO LIBERAL DOS SÉCULOS XVII A XIX	85
2.1 O INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO DE JOHN LOCKE.....	87
2.2 O LAISSEZ FAIRE DOS FISIOCRATAS E A DOCTRINA DE ADAM SMITH.....	95
2.3 A “LIBERDADE DOS MODERNOS” DE BENJAMIN CONSTANT	101
2.4 A LIBERDADE EM STUART MILL.....	106
3 LIBERDADE, RACIONALISMO E AUTONOMIA PRIVADA	111
3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE EM PORTALIS E NA DOCTRINA FRANCESA DO SÉCULO XIX.....	113
3.2 A FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DA AUTONOMIA DA VONTADE E A WILLENSTHEORIE NA DOCTRINA ALEMÃ DO SÉCULO XIX.....	123
3.3 A AUTONOMIA PRIVADA COMO O LUGAR DA LIBERDADE E O LUGAR DA SUA NEGAÇÃO: DA LIBERDADE JURIDICAMENTE PROTEGIDA À “LIBERDADE” DE “AUTO-EXCLUIR-SE” DO ÂMBITO DE RELEVÂNCIA JURÍDICA.....	134
TÍTULO II - A DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL E A(S) LIBERDADE(S) NO ESPAÇO PRIVADO	151
1 A FUNÇÃO NAS CODIFICAÇÕES DO SÉCULO XIX E DO INÍCIO DO SÉCULO XX ...	153
1.1 ACEPTÕES POSSÍVEIS DA CATEGORIA FUNÇÃO E A CONCEPÇÃO ADOTADA NA NOÇÃO DE FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S): ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS PRÉVIOS.....	155
1.2 O APARENTE PARADOXO ENTRE FUNÇÃO E LIBERDADE.....	164
1.3 A FUNÇÃO NO DIREITO CIVIL MODERNO DE MATRIZ LIBERAL.....	169
1.4 REPERCUSSÕES ESTRUTURAIS DO PERFIL DA LIBERDADE DOS PRIVADOS NO DIREITO CIVIL MODERNO NA CONFIGURAÇÃO DAS GRANDES CODIFICAÇÕES E DOS SEUS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS	176
2 A FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL NO SÉCULO XX	181
2.1 FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO SUBJETIVO EM LEON DUGUIT	182
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: BASES DOCTRINÁRIAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E APONTAMENTOS SOBRE SUA CONSTRUÇÃO NO DIREITO PÁTRIO NA DOCTRINA DO SÉCULO XX.....	192

2.3 A (APARENTE?) CRISE DA FUNÇÃO SOCIAL: PROBLEMATIZAÇÃO PRELIMINAR DAS POSSIBILIDADES DE OFERECIMENTO DE UMA NOVA FUNDAMENTAÇÃO, CENTRADA EM UM CONCEITO AMPLIADO DE LIBERDADE.....	208
TÍTULO III - LIMITES E POSSIBILIDADES EXPLICATIVAS DAS FUNÇÕES DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE UMA COMPREENSÃO PLURAL SOBRE A LIBERDADE.....	224
1 DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S) E DE POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE LIBERDADES NA DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL..	227
1.1 DE UMA POSSÍVEL ENUNCIÇÃO DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S) NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	228
1.2 CONSTRUINDO POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO ATENDIMENTO DA DIMENSÃO FUNCIONAL CENTRADA NA(S) LIBERDADE(S)	234
1.3 DA COLISÃO ENTRE PERFIS DA LIBERDADE: COGITAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE PONDERAÇÃO.....	240
2 LIBERDADE, PROPRIEDADE E FUNÇÃO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO ..	262
2.1 DA AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ABSOLUTA ENTRE “FUNÇÃO SOCIAL” E “FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S)” E DAS POSSIBILIDADES DESTA ÚLTIMA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA PRIMEIRA	263
2.2 DA PROPRIEDADE COMO FUNÇÃO SOCIAL E DA PROPRIEDADE DOTADA DE FUNÇÃO SOCIAL.	273
2.3 ELEMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E RURAL E OS PERFIS DA LIBERDADE	285
3 LIBERDADE E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	293
3.1 CONTRATO, AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO	295
3.2 FUNÇÃO SOCIAL INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DO CONTRATO	302
3.3 DA DENOMINADA FUNÇÃO SOCIAL INTRÍNSECA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S)	313
3.4 DA POLÊMICA ACERCA DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL: A LIBERDADE CONTRATUAL EXERCIDA “EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO”, E SUA POSSÍVEL RELAÇÃO COM A FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S).....	336
4 FAMÍLIA E LIBERDADE: A DIMENSÃO FUNCIONAL DA COEXISTÊNCIA JURIDICAMENTE PROTEGIDA	344
4.1 PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DAS FUNÇÕES DA FAMÍLIA ENTRE O CODE E O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO	347
4.2 “EUDEMONISMO” E A FUNÇÃO DA FAMÍLIA CENTRADA NA LIBERDADE.....	357
4.3 DA PLURALIDADE FAMILIAR ENTRE LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA (OU, DE COMO A LIBERDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA E DE SE AUTOCONSTITUIR NA FAMÍLIA DEVE SER JURIDICAMENTE PROTEGIDA)	362
CONCLUSÃO.....	374
REFERÊNCIAS	381

INTRODUÇÃO

*“Liberty and property”, c’est le cri anglais (...): c’est le cri de la nature.*¹ Com essa proclamação, François-Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire, principia o verbete “propriedade” em seu Dicionário Filosófico. Trata-se, a rigor, da síntese do perfil predominante da liberdade em um dado tempo: a Modernidade nascente, durante a formação do liberalismo econômico.

Essa vinculação entre liberdade e propriedade, entendendo-se esta como a fonte e o lugar privilegiado daquela, foi, também, o *leitmotiv* da construção histórica da liberdade dos indivíduos no Direito Civil Moderno. É algo que se consolida claramente nas codificações civis oitocentistas, em especial no Código Civil francês de 1804, e influencia os diplomas legislativos que se seguem em diversos países, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Essa liberdade na propriedade adquire, no Direito Civil, uma qualificação que pode ser identificada na expressão *autonomia privada*. Referir-se à liberdade nas relações interprivadas acaba por ser, a partir, sobretudo, do século XIX, versar sobre uma liberdade formal, que se assegura em um espaço de não coerção, no qual os indivíduos podem autorregulamentar seus interesses privados.

O universo em que esse enlace entre propriedade e autonomia privada se localiza é o de um Direito de matriz individualista, pautado pelo liberalismo econômico – ainda que não, propriamente, pelo liberalismo político democrático. A disciplina jurídica que é aí engendrada encara o indivíduo como sujeito de direito abstrato e atomizado, como se ele antecederesse os vínculos sociais.

Esse perfil se modifica em parte ao longo do século XX, por meio, entre outras transformações, da denominada “funcionalização social” do Direito Civil, sobretudo da propriedade.

A noção atinente à função social dos institutos fundamentais do Direito Civil se apresentou, historicamente, como reação àquele modelo individualista liberal sob cujo pálio se desenvolveu, de modo especial entre os séculos XVIII e XX, o Direito

¹ “‘Liberdade e propriedade’: é o grito inglês (...) é o grito da natureza”. VOLTAIRE, **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/propriete.htm>. Acessado em 5 de abril de 2009

Civil fundado no individualismo proprietário e nas concepções formais de liberdade e de igualdade.

A construção, ao longo do século XX, de um novo modelo de Estado capitalista – o Estado de Bem Estar Social – erigido, sobretudo, por um ideário social-democrata, fez com que se instaurasse um paradoxo: de um lado, apresentou-se perspectiva de inclusão e revalorização da dignidade da pessoa humana – ao menos no plano do discurso. De outro, o modo pelo qual se buscou instrumentalizar essa dignidade foi o recurso a pretensões coletivistas, centradas na figura do Estado. Isso levou à denominada “publicização” do direito privado, colocando-se, ao lado do interesse individual, o interesse “coletivo”.

Passou-se, no discurso a respeito do direito privado, da abstração do indivíduo à abstração do coletivo. O paradoxo social-democrata refletido nas categorias fundamentais do Direito Civil manteve os pilares de base da construção oitocentista, com a propriedade individual e o contrato fundado na autonomia privada, mas, ao mesmo tempo, funcionalizou-se esse espaço a um “interesse social”.

Uma questão pertinente reside, porém, na inevitável ausência de unicidade de sentido em um “interesse social”, ao menos se pensado em uma sociedade plural. A sociedade não é a mera soma de indivíduos - concepção que, quando menos, ignora o conflito, além de negar a anterioridade dos vínculos sociais à constituição do próprio indivíduo. Tampouco, porém, pode ser reputada ente abstrato que se descola do conjunto de relações que a compõe, sob pena de servir de base para um discurso autoritário de quem se põe na condição de gerir os rumos dessa abstração coletiva.

A contradição do modelo de direito erigido entre as abstrações do individualismo e do coletivismo se revela em profunda crise, para a qual se apresentam como discursos alternativos as correntes neoliberais, que criticam o coletivismo carregando, todavia, o conteúdo perverso do individualismo sem utopia², que tudo reduz à liberdade de mercado, aniquilando a pessoa concreta em prol do indivíduo sem face que atua no mercado.

² Ou, quiçá, como quer Hayek, a utopia que consiste na construção de uma “sociedade livre”, na qual a liberdade estritamente formal é encarada como dogma.

Talvez o principal elemento que revela a contradição entre individualismo e coletivismo seja a idéia de função social das categorias do direito privado. Uma outra questão fundamental, nessa toada, consiste na ponderação sobre se tudo no Direito Civil deveria se dirigir a um interesse coletivo. Isso remete a uma análise crítica e prospectiva das origens e fundamentos sobre os quais a idéia de função social se constrói, e quais foram suas modificações ao longo do século XX.

Essa ponderação parece conduzir à resposta de que a função do Direito Civil não se destina a um interesse coletivo sem face nem, tampouco, se confunde de modo absoluto com a seara pertinente ao público.

Por isso, parece fundamental, ante a longa crise pela qual passa o paradoxal Estado Social – quando alguns chegam a apresentar como suposta solução um “novo” liberalismo - refletir sobre como pode se dar uma nova configuração do conteúdo e da função do espaço privado no âmbito do Direito, sobretudo no que tange o Direito Civil, em um exame que dê conta de propiciar uma compreensão sobre a relação entre esse ramo do Direito e a Constituição.

A idéia de que o Direito Civil deveria atender a uma função social baseada em uma noção de viés primordialmente coletivista (como o positivismo “solidarista” de Duguit,³ cancelado por Gaston Morin⁴), além de negar limites de factibilidade, pode constituir caminho que nega a própria dignidade da pessoa tomada em sua concretude, pois o coletivo abstrato é vazio de conteúdo, pelo que a doutrina contemporânea vem buscando oferecer configuração diversa a esse dado funcional.

Com efeito, se tudo no Direito Privado tivesse uma função social centrada em uma concepção coletivista pautada na pretensão de “coesão social”, não seria viável, à luz da noção contemporânea acerca dos Direitos Fundamentais, refletir com seriedade sobre desenvolvimento da personalidade do sujeito, de suas relações familiares, do atendimento de suas necessidades por meio do patrimônio: mais do que sujeito, o ser humano seria tomado como elemento de um todo mais relevante que a preservação da dignidade pessoal daqueles que o compõem.

De outro lado, mesmo a função social que, sem se prender a uma noção

³ DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**. Paris: Felix Alcan, 1912, p. 13

⁴ MORIN, Gaston. **L’oeuvre de Duguit et Le Droit Privé**. In: Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. N°1 – 2, 1932, p. 153.

radical de coesão social, pretende dirigir os institutos de Direito Civil à promoção de um genérico “bem comum” - ao menos do modo como tradicionalmente foi pensada – deixou de ser subversiva para se tornar conceito, por vezes, legitimador do “status quo”.

Por isso, impõe-se um repensar da categoria função social das figuras jurídicas do Direito Civil sob uma ótica renovada e dialética, que seja efetivamente compatível com a proteção da subjetividade concreta e inter-relacional.

Substrato para a hipótese da presente tese consiste a noção de que o Direito Civil não atende a uma função coletiva sem face, nem, tampouco, a um indivíduo abstrato, apêndice da propriedade, mas, sim, à liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade. A função social, assim, mais do que estritamente “social”, é uma função reprodutora da pessoa.

Inserir-se a proposta da tese, como se observa, na lógica da personalização do Direito Civil: a liberdade que aqui se sustenta como pertinente à dimensão funcional não é a autonomia privada formal do indivíduo proprietário.

Trata-se de um conceito plural de liberdade, que se dirige à dimensão existencial das pessoas em relação.

Por isso, mais do que uma função social do contrato ou da propriedade, há uma função que adquire conteúdo na liberdade (como conceito plural) do sujeito no contrato e na propriedade. Há uma função centrada na liberdade também na família – o que, por certo, não poderia dizer a respeito de uma função social coletivista, sob o risco de violação da liberdade da pessoa nas suas relações coexistenciais, por meio de intervenção que extrapole um caráter protetivo.

Essa dimensão emancipatória não é fundada na lógica da liberdade negocial (expressão da autonomia privada), categoria patrimonialista que tradicionalmente instrumentalizou a liberdade no Direito Civil, mas em uma liberdade mais ampla, de ter identidade própria e assegurar a reprodução de sua subjetividade. Trata-se de uma concepção ampliada da liberdade, que reconhece seu caráter plural e concreto.

A construção que propiciou a funcionalização social do Direito Civil foi, pois, necessária resposta à crise em que a formação do Direito Civil de matriz liberal estava imersa, por conta, entre outros fatores, de suas próprias contradições (as

quais se revelam no perverso sentido de exclusão material que delas decorre).

Pode-se aventar, porém, de uma crise desse modelo de funcionalização. As novas compreensões doutrinárias sobre a função dos institutos de direito privado (inclusive sobre a função social) não deixam de ser reveladoras dessa crise.

Ao menos no Direito brasileiro, há um relevantíssimo esforço doutrinário visando a reconstruir o sentido possível da dimensão funcional dos institutos de Direito Civil.

Daí se pode cogitar da existência de uma lacuna doutrinária a respeito dos fundamentos dessa reconstrução de sentido. Trata-se de cogitar do espaço de construção não imediatamente de uma tese normativa sobre a funcionalização, mas, quiçá, de uma tese hermenêutica, que tente compreender ao menos alguns dos fundamentos possíveis para o sentido da função na contemporaneidade.

A tese cogita de quatro aspectos da crise: a) crise ideológica; b) crise de efetividade; c) crise do modelo de Estado em que a funcionalização floresceu; d) crise de fundamentação – esta última ponderando sobre como pensar em funções dos institutos de direito privado em uma sociedade plural, na qual interesses (que podem ser individuais ou coletivos) se entrecrocaram.

Dentre os aspectos da crise, é precisamente a questão da fundamentação que parece se apresentar como mais relevante.

Uma afirmação preliminar que pode decorrer dessa problematização sobre o sentido da crise de fundamentação seria a de que a dimensão funcional deve também ser plural, sem pretensões totalizantes de um individualismo abstrato nem de um coletivismo pautado na coesão social ou em noções unitárias de bem-comum.

Faz-se necessário, assim, levar a efeito reflexão que dê conta dos novos paradigmas que se apresentam na contemporaneidade a exigir um repensar dos fundamentos funcionais do Direito Civil, que propicie cogitar de uma dimensão funcional mais substancial e plural, afastando-a de um coletivismo abstrato e indo além de referências genéricas a pretensões unitárias de um “bem comum”, para centrá-la na concretude das relações de inter-subjetividade.

Esses novos paradigmas, que emergem da necessária reconfiguração do direito privado não se esgotam, é certo, em uma perspectiva funcional. Esta, todavia,

se apresenta como ponto essencial de análise para definir o sentido teleológico da mudança que se impõe, de modo a permitir que o viés emancipatório conquistado a partir da crítica ao Direito Civil moderno não se deixe perder em meio aos discursos que preconizam um retorno aos modelos pretéritos, que rechaçam a funcionalização.⁵

As funções dos institutos jurídicos, em uma sociedade plural, seriam, pois, também múltiplas. Mas é possível recolher, em meio a essa multiplicidade, ao menos um dos seus elementos explicativos – e é a isso que a tese se propõe.

Trata-se de buscar dimensão funcional coerente com essa compreensão sobre a indissociável integração entre indivíduo e sociedade. Uma função que, nessa medida, pressuponha a concretude da pessoa que, em parte, se autoconstitui, mas, ao mesmo tempo, encontra balizamentos para essa autoconstituição. Trata-se de perspectiva que se situa claramente na seara teórica da superação da clivagem absoluta entre indivíduo e sociedade, mas que não pretende afirmar aprioristicamente uma precedência nem de um nem de outro.

É nessa preocupação com as possibilidades de autoconstituição na intersubjetividade que pode emergir uma dada função centrada na liberdade. Falar em autoconstituição pressupõe falar em liberdade.

A função não reside, simplesmente, no hipotético interesse de um todo que ignora a complexidade das relações concretas. Mas também não reside no mito do indivíduo atomizado. Por isso, se a cogitação da função como liberdade(s) pode ser viável, é necessário admitir que a compreensão dessa liberdade não pode ser a negação de seu próprio sentido. Em outras palavras, não se pode absolutizar uma única concepção de função como liberdade(s): no pluralismo social, as concepções sobre a liberdade e sobre o seu valor são também plurais.

O ponto de partida deste trabalho consiste, pois, na identificação da lacuna derivada da crise que experimenta a noção de função dos institutos de base do Direito Civil, dada a insuficiência dos seus fundamentos originais, forjados nas primeiras décadas do século XX, para sustentar sua subsistência na contemporaneidade. Trata-se de uma crise de conceito, que reside em um possível

⁵ Como propõe, por exemplo, Jose Luis de los Mozos. LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993

déficit nos fundamentos da chamada funcionalização, impondo um repensar de seu significado.

Daí emerge o problema fundamental da tese, que consiste em refletir sobre como se pode compreender a dimensão funcional do Direito Civil superando a funcionalização de matriz primordialmente coletivista (no seu sentido ideológico e histórico respectivo) do início do século XX sem que isso implique um retorno à abstração do individualismo proprietário oitocentista. Trata-se de identificar fundamento que defina uma das possíveis dimensões funcionais do Direito Civil – e que não se pretende única – permitindo, ainda que de modo parcial (e essencialmente aberto e incompleto), aclarar alguns dos sentidos que as finalidades contemporâneas do Direito Civil podem assumir.

Em outras palavras: sem ignorar a complexidade que impede pensar em uma unicidade de fundamento (e que, portanto, não permite cogitar de soluções simplistas como uma supremacia *a priori* do coletivo sobre o individual ou deste sobre aquele), busca-se problematizar a seara das funções dos institutos do Direito Civil, identificando um entre os seus possíveis elementos de compreensão que, permeando essa dimensão funcional, possa contribuir para a fundamentação do seu perfil contemporâneo.

Com base nesse problema, a hipótese que se apresenta nesta tese é a de que uma concepção plural sobre a liberdade pode ser um desses elementos de compreensão, definindo alguns dos possíveis sentidos que as finalidades dos institutos do Direito Civil podem assumir, como proteção, exercício ou promoção de liberdades coexistenciais. Daí porque se fala em “função como liberdade(s)”: as finalidades jurídicas da propriedade, do contrato, da família podem ser compreendidas (embora não de modo exclusivo) com base em uma compreensão plural, multifacetada (e, por isso mesmo, potencialmente contraditória), de liberdade.

A hipótese não tem pretensão primordialmente normativa (ou seja, não pretende definir um “dever-ser” para a idéia de função), mas, sim, pretende residir no âmbito da fundamentação dessa perspectiva funcional.

Tampouco pretende preencher a lacuna acima referida, mas, sim, problematizar as possibilidades que podem se ensaiar em seu lugar.

A formulação do trabalho tem consciência de que o tema/problema/tese é

permeado por evidente complexidade, cujo enfrentamento não pode tangenciar as inevitáveis dificuldades a fim de que, embora rumando pelo caminho mais árduo, não caia em um reducionismo investigativo.

Por isso, nada obstante se parta da hipótese, impõem-se no decorrer deste trabalho afazeres de problematização, a serem levados a efeito dialeticamente: trata-se de desenvolver os diversos passos que compõem este trabalho como um verdadeiro banco de provas, em que aquilo que de antemão é tomado como plausível é, logo em seguida, colocado em xeque, para ser confirmado ou infirmado.

Nessa dialética de explicitação, os passos do itinerário vêm à tona como questões que põem à prova o conteúdo da hipótese e, até mesmo, sua própria pertinência.

Para atender a esse escopo o presente trabalho é estruturado com base em três títulos fundamentais, cada um versando sobre um estágio necessário à dialética dessa problematização.

O título I põe à prova o elemento central da própria hipótese: a possibilidade de que a liberdade, que se está a tomar como função, seja uma noção plural. Para isso, serão examinadas múltiplas pretensões conceituais, identificando virtudes e insuficiências de cada uma delas. Em seguida, avalia se esse sentido plural já estava ou não presente na expressão jurídica da liberdade na construção do Direito Civil moderno que antecede a funcionalização: a autonomia privada.

É após a problematização acerca da viabilidade conceitual da hipótese – o que é coerente com uma tese que se pretende hermenêutica – que passa a fazer sentido investigar a possível relação entre liberdade e função.

Trata-se de aferir a existência ou não de uma compatibilidade entre essas noções para, aí sim (caso se ultrapasse essa fase de análise com a manutenção, ainda que parcial, da higidez da hipótese), recolocar o problema fundamental, agora como enfrentamento de uma hipótese que, em seu conteúdo, espera-se, possa ter subsistido ainda que parcialmente hígida.

Recolocar a questão da crise de função nesse momento, em que a viabilidade conceitual da hipótese já foi posta à prova, bem como já se questionou a relação possível entre liberdade e função, é o passo decisivo para aferir a viabilidade ou não de se cogitar dessa específica redefinição de fundamentos da função. Ela pode ser

conceitualmente possível (é o que se pretende aferir nos dois primeiros títulos), mas é preciso questionar se ela faria sentido no estado atual do Direito Civil contemporâneo.

É por isso que os aspectos da crise são analisados ao final do título II. Somente uma compatibilidade entre aquilo que é conceitualmente viável e aquilo que faz sentido à luz do problema fundamental pode ser desenvolvido de modo consistente em seus limites e possibilidades. A opção metodológica de construção deste trabalho consiste, pois, em resgatar o problema que conduziu à formulação da hipótese para aferir se esta continua a fazer sentido à luz do problema após ter sido posta à prova em sua viabilidade conceitual.

O título III, a seu turno, ultrapassadas as fases anteriores do banco de provas, principiará com a formulação de uma enunciação possível da noção de função como liberdade(s), como proposta de fundamentação que se coloca como corolário da hipótese antes problematizada em seus elementos.

O passo final, desenvolvido ao longo de outros três capítulos, consistirá em examinar as possibilidades de fundamentação funcional dos institutos jurídicos da propriedade do contrato e da família à luz da função como liberdade(s).

TÍTULO I – DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CIVIL MODERNO

O título I acima enunciado pressupõe uma distinção conceitual. Trata-se de diferenciar liberdade de autonomia privada – ou, ao menos, compreender em que medida a primeira pode ser reputada mais ampla do que a segunda, que, a seu turno, seria apenas uma das expressões da primeira.

Nada obstante o próprio título encerre uma premissa, não se pode deixar de apontar o itinerário da reflexão que permitiu defini-la como um ponto de partida, o qual, espera-se, esteja dotado de suficiente higidez para dar base ao desenvolvimento da hipótese central deste trabalho.

É necessário, pois, por à prova essa premissa – que reside no âmbito da hipótese da tese - de modo a aferir se, efetivamente, a liberdade pode ser compreendida como um conceito plural, que propicie a distinção com relação à autonomia privada nos termos acima esboçados.

É, também, indispensável compreender quais os perfis que a liberdade adquire em diversas concepções teóricas para que se possa entender qual ou quais desses perfis acaba(m) por se transformar no *leitmotiv* do modelo de Direito Civil consolidado pelas codificações e pela doutrina do século XIX e do início do século XX. Ou seja, cabe investigar qual perfil da liberdade pode se adequar àquilo que se denomina autonomia privada.

Por isso, caso a premissa acerca do caráter plural de que é dotada possa ser confirmada – o que, à luz da pesquisa já realizada (e que será sumariada em suas conclusões parciais e marcos teóricos na explicitação do sentido que cada uma das seções deve adquirir no âmbito da tese) parece ocorrer – caberá aferir qual perfil a liberdade adquiriu no Direito Civil Moderno, sobretudo após as grandes codificações do século XIX.

Mediação necessária a esse fim será a análise da ideologia que está subjacente à formação histórica dessas codificações para, em um segundo momento, perscrutar a expressão jurídica dessa ideologia.

Pode-se, nessa toada, afirmar que nesse primeiro título serão construídas algumas das reflexões e ferramentas conceituais que permitirão analisar a que se

dirigia o movimento de funcionalização de institutos do Direito Civil (e a que ele pretendia superar) tal como formulado nas primeiras décadas do século XX – e cujos fundamentos ainda permeiam parcela apreciável do discurso jurídico a respeito da dimensão funcional inerente a esse ramo do Direito. Esses passos são indispensáveis para cogitar de uma nova configuração contemporânea dessa dimensão funcional.

1 DAS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES A RESPEITO DA LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE DE UMA UNICIDADE CONCEITUAL.

O itinerário que pode conduzir à possibilidade de se afirmar um conceito plural de liberdade passa pela problematização das pretensões de se identificar um conceito unitário sobre a “verdadeira liberdade”. Se não é objetivo da tese a formulação de um conceito filosófico de liberdade, pode-se dizer que o trabalho tem o escopo de, ao menos, colocar em dúvida pretensões definidoras de conceitos unitários, excludentes de outros modos de se compreender a liberdade.

A problematização que se levará a efeito não consistirá, porém, no traçar de um panorama pretensamente neutro acerca de diversas concepções de liberdade: ao mesmo tempo em que se reconhece a liberdade como conceito plural, não se olvida o sentido ideológico que cada concepção sobre a liberdade carrega em seu bojo. A pluralidade de perfis apreende essa pluralidade ideológica, rechaçando o autoritarismo do pensamento único (seja qual for sua fonte), mas não deixa de reconhecer criticamente – e, nessa medida, não deixa de se posicionar no plano axiológico – que a prevalência de um ou de outro perfil da liberdade pode conduzir a fundamentações diversas que podem acarretar perfis eficaciais também diversos.

A prevalência de um conceito formal de liberdade, tomada como abstração, pode ser fonte da eliminação de liberdades substanciais, ou liberdades tomadas como efetividade – e, nessa medida, pode ser fonte de privações, ou, ao menos, de submissão concreta do mais fraco ao mais forte; a afirmação da liberdade como ausência de coerção pode deixar à margem a normatividade que emerge da vivência da liberdade positiva.

De outro lado, a prevalência apriorística de uma liberdade positiva – sobretudo no âmbito das relações econômicas - pode, se levada às últimas conseqüências, conduzir a uma superlativização do individualismo, criando barreiras às opções políticas que podem e devem prevalecer na regulação de relações cujos efeitos podem repercutir concretamente na vida de outras pessoas, sobretudo em sua coexistência social e no respeito à condição histórica de cada sujeito.

Para que seja possível compreender criticamente essas diversas concepções e alavancar a problematização sobre uma possível relação entre liberdade(s) e função, é indispensável não apenas realizar um exame (sem pretensão exauriente)

de algumas das concepções mais relevantes a respeito da liberdade mas, sobretudo, é necessário ponderar a respeito de como esses perfis múltiplos acabam por repercutir no papel da liberdade no Direito Civil Moderno, servindo como ferramenta para os capítulos que se seguirão. De modo especial, este capítulo tem por finalidade aferir se a liberdade pode mesmo ser compreendida como uma noção plural e, em caso positivo, traçar indicações pontuais e preliminares sobre como esse sentido plural poderá ser apreendido pela dimensão funcional a ser construída ao longo do presente trabalho, propiciando uma compreensão dos significados que podem ser atribuídos a cada um desses múltiplos perfis que podem integrar a(s) liberdade(s) como função.

1.1. PANORAMA INTRODUTÓRIO DAS DIFICULDADES CONCEITUAIS

O objetivo desta primeira seção consiste na formulação (aqui apreendida como uma problematização dialética) de alguns dos perfis conflitantes de liberdade que marcam o pensamento Moderno.

Aqui, também, pretende-se por em debate a pretensão de apontar um conceito único de liberdade, como a “verdadeira liberdade”, do que poderá emergir a conclusão de que a pluralidade de concepções é inevitável, ao menos em um discurso plural que não pretenda a absolutização autoritária de elaborações teóricas.

Trata-se, como se vê, de construção da base sobre a qual se erigirá a apreciação crítica de caráter mais sistemático que estrutura o presente capítulo, como ferramenta necessária à posterior investigação das repercussões no Direito dos diversos conceitos de liberdade aqui analisados.

O que se verifica desde logo é que as disputas teóricas acerca do conceito de liberdade conduzem a diversas concepções, ora complementares, ora aparentemente inconciliáveis. Não são raras as tentativas teóricas de definir a “verdadeira” liberdade, embora algumas compreensões, mesmo assim, admitam um seu caráter plural.

Mesmo no âmbito de doutrinas que podem ser qualificadas como liberais (bem como teorias que auxiliam na formação de um pensamento liberal) as divergências são marcantes.

Embora se verifique entre os liberais uma prevalência de noções que remetem o conceito de liberdade à ausência de coerção (sobretudo quanto se trata da liberdade exercida na seara das relações privadas), qualificando-se como liberdade negativa – e, não raro, também formal –, há desde compreensões que trazem à liberdade um sentido de autodeterminação inerente ao que se pode denominar de “liberdade positiva”, até teses que sustentam uma concepção francamente substancial de liberdade.

Verifica-se uma especial ênfase à liberdade negativa entre os autores que se qualificam como “libertários” (*libertarians*), com um sentido mais plural que abrange, inclusive, a liberdade positiva, em muitos dos que se denominam “igualitários” (*egalitarians*).

No primeiro grupo, pode-se citar Robert Nozick. Esse autor preconiza uma liberdade ampla como espaço de não-restrição. A rigor, portanto, trata-se de fazer aquilo que não se sujeita a restrições impostas pelo Direito – as quais devem ser mínimas, referindo-se basicamente ao respeito aos direitos dos outros indivíduos.

Nessa esteira, Nozick entende que a liberdade individual somente pode ser assegurada com um sistema de direitos plenos de propriedade. Critica a assunção pelo Estado de funções atinentes à distribuição de bens básicos, o que reputa inadmissível paternalismo que solapa a liberdade daqueles que não se beneficiam dessas políticas nem são chamados a decidir diretamente sobre elas – e, aqui, é crítico do liberalismo igualitário de Rawls⁶ e de Sen (que serão explicitados na seção 1.4, adiante). Um Estado maior do que o que denomina de Estado mínimo seria inaceitável por violar os direitos dos indivíduos, tratando-os como meios para outros indivíduos⁷ (sendo que cogita, no plano teórico, de formações ainda menos amplas, como “agências de proteção” e um “Estado ultramínimo”, para demonstrar que um Estado mínimo pode ser o aceitável).⁸

Sua crítica contempla, por exemplo, as restrições à liberdade e a direitos de indivíduos (o que inclui a propriedade) para a obtenção de objetivos sociais, que reputa ofensivos ao fato de que cada pessoa “é uma pessoa separada”, não sendo,

⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 184-248.

⁷ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**, p. 357.

⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**, 1994, p. 68.

em seu ver, admissível seu sacrifício em benefício das demais.⁹

Preconiza, portanto, uma liberdade negativa e formal que, sem embargo, tem um espaço extremamente amplo, uma vez que as restrições são mínimas, referindo-se basicamente à proibição de violar os direitos alheios – sobretudo os direitos de propriedade, que, como em Locke, principiam pela propriedade sobre o próprio corpo (*self ownership*) – o que faz do Estado um ator com funções mínimas, equivalentes à da figura de um “guarda-noturno” (*night-watchman*).¹⁰

Entre as mais importantes concepções liberais do século XX, Friedrich von Hayek - que é crítico ferrenho do igualitarismo -, sustenta uma compreensão também negativa de liberdade, com pretensão de que este seja o seu conceito por excelência.¹¹

De um modo ou de outro, esses pensadores compartilham de uma noção de liberdade como ausência de coerção, ainda que diverjam no que tange à extensão da coerção admitida – sobretudo tratando-se de coerção estatal – e, mesmo, no pertinente aos fundamentos dessa liberdade.

Há, entretanto, pensadores como Amartya Sen (que pode se qualificar como um liberal igualitário¹²) que afirmam a liberdade também como capacidade concreta de realizar aquilo que cada pessoa valoriza¹³, o que significa um conceito que apreende tanto o que se pode denominar de liberdade positiva como – e sobretudo - a liberdade substancial, ou efetiva (conceitos que serão analisados no decorrer deste capítulo).

Ronald Dworkin, também um *egalitarian*, valoriza a liberdade positiva como algo que é tutelado no âmbito de uma democracia constitucional (inclusive quando, em favor de um direito constitucional, a Corte Constitucional decide contrariamente a uma decisão majoritária). Não se limita, portanto, à noção de liberdade como

⁹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**, p. 48.

¹⁰ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**, p. 40.

¹¹ HAYEK, Friedrich von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 6.

¹² VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário**: Sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

¹³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

ausência de coerção.¹⁴ Sem embargo disso, sua compreensão sobre o tema remete menos a uma liberdade individual positiva de autodeterminação e mais a um conceito de liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política “verdadeira”, assim entendida como aquela que (a) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, reputar-se seu membro moral, bem como (b) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e (c) “seja feita de agentes morais independentes” (não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes).¹⁵

Como se infere a partir dessa breve exposição, que reúne apenas alguns dos conceitos de liberdade que podem ser localizados no âmbito das doutrinas liberais, colocam-se em conflito concepções bastante diversas sobre o tema. Ora a liberdade é pensada como ausência de restrições externas, ora como a possibilidade de o seu titular ser senhor de si mesmo, em um sentido de autodeterminação; ora como algo que se assegura abstratamente, ora como algo que só pode ser compreendido na concretude de sua vivência, ou seja, uma capacidade efetiva de agir.

As divergências a esse respeito não são propriamente recentes. A par dos autores acima referidos (todos tendo desenvolvido suas teorias durante o século XX), observa-se, mesmo nos momentos em que as doutrinas liberais começavam a ser construídas, marcante divergência entre concepções de liberdade.

Voltaire, por exemplo, atribui a Locke compreensão que identifica a liberdade como poder de agir¹⁶, o que também remeteria para um juízo concreto a seu respeito. Essa identidade entre liberdade e poder tem, em Voltaire, a pretensão de ser o verdadeiro conceito de liberdade, em contraposição a compreensões que são por ele ironizadas como “teológicas”.¹⁷

¹⁴ Embora reprise em parte, como procedentes, as críticas mais importantes formuladas por Isaiah Berlin quanto à liberdade positiva. (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p.33).

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p.32 - 40.

¹⁶ Aqui, sobretudo, em contradição com a denominada “autonomia da vontade”. VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/19/liberte.htm>. Acessado em 05 de abril de 2009.

¹⁷ VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/19/liberte.htm>. Acessado em 05 de abril de 2009.

Para Voltaire, com efeito, liberdade é poder de agir. Em seu dicionário filosófico, o autor afirma, no âmbito de diálogo que emprega para apontar sua concepção, que seria absurdo supor uma “vontade de querer”. Trata-se de crítica à idéia a seu ver metafísica de que a formação da vontade seria livre: livre seria, a rigor, a ação que se tem o poder de realizar.¹⁸

É interessante notar que o conceito de liberdade constante da *Encyclopedie* de Diderot e D’Alembert também incorpora a noção de poder: “A liberdade que um ser inteligente tem de fazer o que quer, conforme sua própria determinação”.¹⁹

Esses são conceitos pertinentes a uma fase inicial do liberalismo, que entram em conflito com a concepção mais freqüente de liberdade negativa. A rigor, quando se cogita de poder, não se pode deixar de lado o sentido que normalmente se atribui à liberdade positiva – ser o senhor de si mesmo, dos seus próprios atos – e, mesmo, de uma liberdade de sentido substancial.

De outro lado, pensadores que antecedem o liberalismo – e que podem em boa medida, apresentar concepções antitéticas no que se refere à relação entre o indivíduo e o poder, sobretudo estatal – sustentam a liberdade como um conceito que se define também em termos negativos, como ausência de coerção. Thomas Hobbes é um exemplo do que se está a explicitar.

Hobbes, ao definir liberdade, distingue entre liberdade de agir e faculdade de agir, assim descritas por Oscar e Mary Handlin:

Eles (os filósofos que definiram a liberdade como ausência de coerção) distinguem a faculdade do indivíduo, que seria a condição necessária para fazê-lo capaz de agir, e sua liberdade que seria a condição suficiente. O prisioneiro teria a faculdade de passear, mas as grades o privariam de fazê-lo. De tais homens dizia Hobbes: ‘Enquanto estiverem em prisão, ou detidos entre paredes ou em cadeias’, isso significa propriamente que ‘não estão em liberdade’. De outro lado, um homem privado das pernas teria a liberdade de mover-se, mas lhe faltaria a faculdade. ‘Quando o impedimento da

¹⁸ VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/19/liberte.htm>. Acessado em 05 de abril de 2009.

¹⁹ O vocábulo “poder”, no original, é expresso como “pouvoir”. Voltaire utiliza, no conceito que atribui a Locke, “puissance”, embora no curso do diálogo explicativo o vocábulo empregado também seja “pouvoir”. DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean le Rond. (org). *Encyclopédie*. Tomo 15. Disponível em <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-23402&I=543&M=pagination>. Acessado em 5 de abril de 2009. (tradução livre)

ação está na natureza da própria coisa' continuava Hobbes, poder-se-ia dizer com precisão que ela não necessita da liberdade, mas antes 'da faculdade de mover-se, como, por exemplo, um enfermo que está preso ao leito'".²⁰

Como se vê, o impedimento externo seria o que priva alguém de liberdade nesse conceito, que pode ser compreendido como uma liberdade negativa – o que não deixa de ser paradoxal, pois se trata de conceito, nesse sentido específico, compartilhado entre um teórico do Estado absolutista (Hobbes) e os defensores de um Estado mínimo (Nozick).

Essa concepção hobbesiana de liberdade é, contudo, apreendida e repensada pela filosofia política contemporânea que se autodenomina teoria “republicana”, que tem como um dos seus expoentes Quentin Skinner. Ao contrário dos liberais, o autor não preconiza, simplesmente, a maior ampliação possível de um espaço de liberdade negativa por meio da obtenção de um grau máximo de não-interferência, que seja compatível com o mínimo de demandas da vida social.²¹

Também critica, por isso, a afirmação sobre a necessidade de se qualificar um conjunto de direitos tomados como trunfos que deteriam prioridade contra qualquer imposição do dever social – como preconiza, por exemplo, Dworkin.²²

Ao contrário, Skinner qualifica essa lógica liberal como algo que supõe uma desconfiança quanto ao espaço público como lugar de exercício da cidadania.

Ao mesmo tempo, porém, não acolhe noções que preconizam uma liberdade positiva. Sustenta, em contraposição, que a maximização da liberdade individual (como liberdade negativa) só ocorre quando os cidadãos assumem, eles próprios, o desafio da arena pública.²³ É que, para o pensamento republicano, como esclarece Maria del Carmen Barranco Avilés, a liberdade seria ausência de dominação, ou seja, ausência de tirania, e não ausência de coerção externa tomada como

²⁰ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 25.

²¹ SKINNER, Quentin. The paradoxes of political liberty. In: The Tanner Lectures on Human Values. Harvard University, 1984, p. 248.

²² DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 194.

²³ SKINNER, Quentin. The paradoxes of political liberty. In: **The Tanner Lectures on Human Values**. Harvard University, 1984, p. 249.

interferência, em termos liberais.²⁴

Como se vê, contudo, também é possível deduzir do pensamento de Skinner uma crítica à noção de liberdade como poder, avultando a ênfase à liberdade como ausência de dominação imposta externamente. Trata-se de conceito que, sem embargo, com as claras diferenças já expostas, é também negativo, como negativa é a liberdade para boa parte da tradição liberal, como será possível observar mais adiante, quando do exame específico do tema, em cotejo com a liberdade positiva.

Há, porém, críticas relevantes à distinção hobbesiana mais acima indicada entre liberdade e faculdade (e a essa conseqüente redução do conceito de liberdade à ausência de coerção ou, mesmo, de dominação externas), que acabam por se configurar como críticas, também, ao conceito de liberdade negativa.

Os antes citados Oscar e Mary Handlin pensam a liberdade como poder. Criticam a distinção de Hobbes afirmando que (a) é possível pensar a existência de liberdade sem faculdade de exercê-la apenas abstratamente, não sendo, nessa medida, válida para seu titular; (b) a restrição externa não é uma variável tão independente quanto parece supor Hobbes, pois sua superação pode depender das forças daquele a quem se impõe a coerção.²⁵

Sustentam que “a medida da liberdade é a falta de poder”. Trata-se de uma preocupação em definir a liberdade “em concreto”. Nesse sentido:

A liberdade deve ser interpretada no sentido mais amplo, envolvendo as duas condições que Hobbes distinguiu. (...) Ainda que o conceito, em abstrato, pudesse ser examinado, em concreto a liberdade só foi suscetível de explicação em termos do poder ou da capacidade de agir.

A medida da falta de liberdade é a falta de poder. O prisioneiro ou o escravo é reconhecível não tanto pelas restrições que o coíbem, como pela incapacidade de agir e de fazer os outros agirem. As algemas e as grades podem contribuir para sua incapacidade, mas não são suficientes para descrevê-la ou explicá-la. Ao contrário, o homem livre é aquele que tem a capacidade de agir e de fazer outros

²⁴ AVILÉS, Maria del Carmen Barranco. **Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales**. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Ano V. no. 9. Madrid: Universidad Carlos III, ju/dic 2000, p. 90. (65-91)

²⁵ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 26-27.

agirem.²⁶

A liberdade, assim, pode ser compreendida como possibilidade efetiva de ação. Conceitos como o de Amartya Sen, que entende a liberdade como a capacidade efetiva de cada um fazer aquilo que valoriza²⁷ incorporam em alguma medida essa noção, embora nela não se esgotem – já que a própria definição das preferências que antecedem o agir livre é algo que pode ser pensado em termos de liberdade efetiva. Essa concepção conflita, como visto, com o que se pode compreender como liberdade no Estado mínimo (e, mais ainda, nas “agências de proteção”) de Robert Nozick.

Como se observa, não é incomum a tentativa doutrinária de desqualificar conceitos de liberdade que escapem do sentido formal e negativo que emerge da ausência de coerção por meio de sua inserção em searas ideológicas das quais os liberais não compartilham.

É expressivo o pensamento de Hayek a esse respeito, ao afirmar que a própria denominação “liberalismo” teria sido usurpada por “falsos liberais”.²⁸ Hayek está entre os que entendem a liberdade “verdadeira” como ausência de coerção.

Entre autores que criticam a liberdade como um conceito material que apreenderia as próprias condições materiais de existência há aqueles que, apesar da crítica, apontam a necessidade de se pensar na conexão entre liberdade e acesso a bens fundamentais, como integrante de um conceito de justiça – e, aqui, a referência específica é a John Rawls²⁹, cuja teoria da justiça, por ser indispensável à sua compreensão de liberdade, será examinada mais adiante.

É certo, porém, que importantes concepções de liberdade que não se resumem a uma liberdade como ausência de coerção partem também de doutrinas que não se podem qualificar como liberais.

²⁶ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. *As dimensões da liberdade*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 27.

²⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

²⁸ HAYEK, Friedrich von. **O Caminho da Servidão**. (prefácio) Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1987, p. 14.

²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Pode-se apontar como emblemática a concepção material de Marx, expressa na “Ideologia Alemã”, em que se aponta o caminho para a liberdade como a superação da divisão do trabalho capitalista e da propriedade individual.³⁰ No manifesto, Marx denuncia a liberdade que qualifica como burguesa apenas como liberdade de comercio, de “compra e venda”.

É certo que esse caráter material somente se pode apontar em virtude das distinções entre a dialética marxista e a dialética hegeliana³¹. É que em Hegel a liberdade “verdadeira” é também a superação da necessidade. Mas essa superação no pensamento hegeliano se dá no âmbito do Estado racional, como “organismo vivo”, “um todo superior e anterior às suas partes”, uma “totalidade ética”³², que se pretende concreto e histórico mas que, a rigor, na absorção das partes pela noção absoluta de totalidade, pode ser pensado como uma construção abstrata.

O idealismo alemão, em sua vertente kantiana, também pensa em um possível conceito de liberdade, sobretudo como autonomia moral. Trata-se de conceito que pode ser compreendido como uma forma de liberdade positiva, em que da razão o indivíduo livre encontra o sentido da conduta moral. Obedecendo a essa lei moral racional, está o indivíduo agindo autonomamente, pois está a obedecer à própria razão.³³ Há aqui uma liberdade moral positiva – que se insere, sem embargo, no âmbito de doutrinas que costumam ser qualificadas como liberais.

Essa liberdade positiva de viés racionalista que traz em seu conceito um autodomínio do indivíduo na definição do seu agir livre é criticada, porém, por pensadores que sustentam a prevalência de um conceito negativo de liberdade, como Isaiah Berlin – claramente situado no âmbito de um pensamento liberal -,

³⁰ MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1987, p. 47.

³¹ A respeito do tema, comentando a afirmação de Marx de que a dialética hegeliana está “de cabeça para baixo” e demonstrando que a “contaminação” da dialética de Hegel pela ideologia do idealismo é solucionada por Marx por meio da análise do conceito de contradição como algo que, ao mesmo que determina mudanças (superação), é determinado pela base material da qual ela emerge. ALTHUSSER, Louis. Contradição e sobre-determinação. In: _____. **A favor de Marx**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 75-102.

³² BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**: Direito, Sociedade Civil, Estado. São Paulo: UNESP, 1991, p. 88.

³³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 81.

sobretudo em seu célebre artigo “Two Concepts of Freedom”³⁴ (que também será objeto de análise específica) .

Esses diferentes modos de ver a liberdade, todavia, situam-se em campos também diversos, ora em termos de liberdade política, ora em termos genéricos de compreensão do que seria a liberdade individual propriamente dita, ora como uma liberdade de caráter privado.

Tudo o que até aqui se examinou – e que será objeto de maior detalhamento ao longo deste capítulo - é revelador, nessa esteira, da extensão das controvérsias a respeito da tentativa de se definir um conceito de liberdade.

No âmbito do Direito a dificuldade conceitual não é menor – sobretudo no que diz respeito à liberdade nas relações interprivadas, objeto específico deste estudo.

O século XIX traz uma prevalência de uma liberdade como abstração (cujo sentido será melhor esclarecido nos capítulos seguintes), e que também pode ser entendida como liberdade negativa: trata-se do perfil oitocentista da autonomia privada, como se terá a oportunidade de constatar no curso deste trabalho.

Há, entretanto, uma normatividade que emerge dessa autonomia, que permite afirmá-la como autoregulamentação de interesses privados, reconhecendo-se uma força normativa para esse exercício de liberdade.

Sob outro viés de análise, Sousa Ribeiro identifica uma liberdade positiva como autodeterminação, que se distingue da autonomia privada oitocentista de caráter formal e negativo.³⁵ Isso permite afirmar que, contemporaneamente, parte da doutrina civilista caminha para uma compreensão ao menos ampliada sobre o sentido da liberdade no Direito Privado.

Há, entretanto, doutrina que parte da filosofia jurídica e do Direito Constitucional que ainda entende a autonomia privada como liberdade negativa, embora preconize uma superação da dicotomia liberal entre autonomia pública e autonomia privada. Trata-se do pensamento de Habermas, em sua crítica ao Estado de bem-estar social, no que tange ao seu suposto caráter paternalista:

³⁴ BERLIN, Isaiah. Two concepts of freedom. In: BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty. Oxford. Oxford University Press, 1979.

³⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

*This normalizing pressure obviously runs the risk of impairing individual autonomy, precisely the autonomy it is supposed to promote by providing the factual preconditions for the equal opportunity to exercise negative freedom.*³⁶

Como se observa, sequer é possível afirmar um consenso sobre a parcial expressão de liberdade que se apresenta no âmbito das relações privadas, o que permite por em dúvida as pretensões de formulação de conceitos fechados exaurientes.

De tudo o que se examinou neste panorama introdutório – e, até aqui, assistemático – a respeito dos múltiplos conceitos de liberdade, verificam-se, a par de pretensões unitárias, algumas possibilidades de compreensão plural acerca da liberdade. Essas possibilidades que partem de conceitos filosóficos trazem repercussões possíveis para o jurídico, na compreensão a respeito do conteúdo da autonomia privada ou, de modo mais amplo, da liberdade dos indivíduos em suas relações interprivadas – que pode não se confundir, nessa medida, com a autonomia privada.

Demais disso, verifica-se a ausência de consensos sobre um conteúdo essencial do conceito de liberdade mesmo no âmbito de concepções teóricas que, aparentemente, residem em searas comuns (do que se pode citar como exemplo as diferenças entre as concepções de Amartya Sen e de John Rawls, ambos situados no que se pode denominar de liberalismo igualitário, mas que divergem sobre o que

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) **Habermas on Law and Democracy**. Berkeley: University California Press, p. 17. A pretendida conjugação entre autonomia pública e privada se daria, segundo Habermas, por meio do paradigma procedimentalista: “Em lugar de uma disputa sobre a melhor forma de assegurar a autonomia das pessoas do direito – ora por meio das liberdades subjetivas em prol da concorrência das pessoas em particular, ora mediante reivindicações de benefícios garantidas para clientes de burocracias de Estados de bem-estar social – o que se apresenta é uma concepção procedimental do direito, segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja função é garantir às pessoas uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos. É apenas *pari passu* com a ativação de sua autonomia como cidadãos do Estado que se pode assegurar, a cidadãos de direitos iguais, sua autonomia privada”. (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Ed. Loyola, 2004, p. 245).

deve ou não integrar o conceito de liberdade³⁷).

Pondera-se, nesse sentido, se essas pretensões unitárias não conduziram a uma insuficiência conceitual para apreender as múltiplas expressões daquilo que pode ser qualificado como liberdade. Além disso, pondera-se acerca de eventual arbitrariedade de se pretender identificar um conceito que encerre a “verdadeira liberdade”.

Mais que isso, é possível pensar se pretensões unitárias de conceito não encerrariam contradições com relação ao pluralismo de concepções particulares de “bem”, que acabam por informar diferentes compreensões sobre o que pode significar ser livre.

Tudo isso permite reforçar a idéia que se situa em uma das premissas da hipótese da presente tese, a respeito da impossibilidade de se pensar em um conceito de liberdade unívoco, e sim, ao contrário, na liberdade como um conceito plural.

Para dar conta de aferir se esse conceito plural é mesmo factível, cabe examinar as diversas pretensões conceituais em seus méritos e em suas insuficiências. Sobretudo no âmbito destas últimas pode residir a conclusão sobre a viabilidade de se afirmar uma liberdade de sentido plural.

A proposta deste capítulo consiste, pois, na sistematização parcial de algumas dessas concepções de liberdade, com a eleição de alguns dos marcos teóricos mais expressivos na defesa de diferentes conceitos de liberdade. Obviamente não se pretende dar conta da integralidade das compreensões acima explicitadas, em todas as concepções teóricas que as contemplam.

A finalidade da explicitação que será efetuada a seguir é instrumental: trata-se de desenvolver alguns dos perfis possíveis acerca da liberdade, seja para propiciar a compreensão de seu emprego nos demais capítulos desta tese, seja, sobretudo, para aferir como (e se) pode ser possível cogitar de uma liberdade plural.

Para atender a esse escopo, serão examinadas nas seções que seguem algumas compreensões possíveis sobre liberdade: a) negativa e positiva; b)

³⁷ A esse respeito, VITA, Álvaro de. **O Liberalismo igualitário**: Sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91 a 120. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

individual e coletiva; c) como insubordinação; d) formal e substancial.

É o que se desenvolverá a seguir.

1.2 LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA

Esta seção tem por finalidade apontar as concepções a respeito do que costuma denominar liberdade negativa e liberdade positiva. Trata-se de tema central para a compreensão da autonomia privada: sobretudo para as concepções que atribuem a ela caráter normativo (ou seja, para os que reputam a autonomia uma fonte de direito subjetivo, como Savigny³⁸, ou, mesmo, de direito objetivo, como Luigi Ferri³⁹), apreender as possíveis concepções sobre liberdade positiva é passo necessário; quanto à liberdade negativa, é o espaço em que tal autonomia se exerce, havendo, a esse respeito, uma maior uniformidade (ainda que por meio de um reconhecimento implícito) na doutrina.

Para atender a esse mister um marco teórico central é o pensamento de Isaiah Berlin. Não se subscreverá, todavia, a tese sustentada pelo autor, sobretudo quanto à liberdade positiva. Trata-se, porém, de marco teórico desta seção por ser, precisamente, o texto que ocupará papel de centralidade na problematização da matéria.

O que aqui se desenvolverá é a reflexão crítica sobre como uma concepção de liberdade que se limita a afirmá-la como espaço em que não há coerção estatal pode ser insuficiente para elevá-la de mera proclamação discursiva a algo que, efetivamente, possa atender a uma pretensão emancipatória da pessoa em relação.

De outro lado, na análise sobre as possíveis concepções que a liberdade positiva pode receber – bem como do(s) lugar(es) que ela ocupa (espaço público ou espaço privado), pretende-se construir ferramenta conceitual hábil a dar conta de uma leitura que possa concebê-la como elemento de uma “liberdade vivida” em dados lugares da intersubjetividade privada (notadamente nas relações de família, o

³⁸ SAVIGNY, Friedrich von. **Sistema di Diritto Romano Attuale**. Torino: Unione Tipografica, 1886.

³⁹ FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957, p. 138.

que será levado a efeito no terceiro título da tese).

Principie-se, pois, pelas definições de Berlin a respeito da liberdade positiva e da liberdade negativa. O teórico britânico sustenta que por liberdade positiva se relaciona com “o desejo por parte do indivíduo em ser seu próprio senhor”, como se observa da transcrição abaixo:

*I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, wish are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer- deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them.*⁴⁰

Trata-se, como se vê, da definição, pela pessoa, dos rumos de sua própria vida. O autor, entretanto, critica a liberdade positiva, apontando como mais adequado a uma liberdade autêntica seu conceito negativo:

*Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from what I could otherwise do, I am unfree. (...) You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings.*⁴¹

Entende o autor que os conceitos acima transcritos, embora pareçam dois modos diversos de descrever um mesmo objeto, tiveram desenvolvimentos históricos diversos, que teriam culminado em uma relação de oposição entre eles. E nessa oposição, Berlin faz clara opção pelo conceito de liberdade negativa. Entre as razões pelas quais Berlin critica a liberdade positiva, está a expressa vinculação realizada por Berlin entre liberdade positiva e razão, na medida em que aquela liberdade seria fruto da autoconsciência do indivíduo como ser racional, de modo

⁴⁰ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 131.

⁴¹ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty, p. 122.

que essa mesma razão definiria o sentido do exercício da liberdade individual.⁴²

Berlin afirma criticamente que a pretensão de ser “senhor de si mesmo” que é inerente à liberdade positiva coloca em questão a possibilidade de que alguém que seja escravo da natureza ou de suas próprias paixões não possa ser reputado livre.⁴³ Nessa medida, haveria um outro “eu mesmo” (*self*) “verdadeiro”, que deveria definir os rumos da minha ação, identificado na minha “natureza mais elevada”, que normalmente seria identificada com a razão. Isso traria o risco de que essa razão “mais elevada” que define o “eu mesmo” seja identificada com a comunidade, ou com a sociedade em termos mais amplos, legitimando coerção indevida em nome dessa liberdade positiva de “natureza mais elevada”. Isso poderia legitimar formas brutais de tirania, no entender de Berlin, as quais são evitadas com a prevalência de um sentido negativo de liberdade⁴⁴.

Em contraposição, pode-se afirmar que a chancela da liberdade positiva não implica, necessariamente, o acolhimento da suposição racionalista de que somente se reconheceria a liberdade exercida no uso da razão (aqui no sentido pertinente ao racionalismo moderno), assim compreendida seja em termos kantianos (de um “eu mesmo” que é livre quando age em conformidade com os padrões de conduta impostos por uma moral universal⁴⁵), seja como uma liberdade hegeliana situada no Estado racional⁴⁶. A proteção da liberdade vivida como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal é corolário do reconhecimento da pessoa em sua dignidade, sem que, para tanto, seja necessário recorrer a abstrações que desloquem o lugar do “eu mesmo” (*self*) para uma senda alheia à própria pessoa.

Ou seja: a liberdade positiva não depende da afirmação de algum lugar racional de verdade sobre um agir moral de sentido universal – ou imposto pela

⁴² BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty, p. 131.

⁴³ Daí porque Maria del Carmen Barranco Avilés afirma que, para Berlin, a liberdade positiva teria um caráter “prejorativo”. BARRANCO AVILÉS, Maria del Carmen. **Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como limites al poder**. In: Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas. Año V, n. 9. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, jul/dic 2000, p. 69. (65-91)

⁴⁴ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty, p. 131.

⁴⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 81.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**: Direito, Sociedade Civil, Estado. São Paulo: UNESP, 1991, p. 118.

comunidade -, que defina o que é o agir “verdadeiramente livre”. Não depende, ainda, de uma concepção unitária acerca do que é um padrão de “vida boa”, que poderia colonizar a liberdade individual por um discurso perfeccionista.⁴⁷

A dignidade da pessoa antes referida, a seu turno, também não tem por base necessariamente a afirmação da pessoa como ser dotado de razão⁴⁸, nem, tampouco, de que essa suposta razão universal Moderna esteja obrigatoriamente na base de suas ações livres. Não é desprezível, no reconhecimento da liberdade, o que, por exemplo, Enrique Dussel⁴⁹ denomina de “dialética do pulsional” – embora, do mesmo modo, não se possa conceber esta última como a fonte exclusiva ou primária dessa liberdade positiva.

Vista desse modo, a liberdade positiva não se torna pretexto para a tirania – nem, em termos menos dramáticos, para a coerção arbitrária.

Ainda que se discorde, assim, das críticas que Berlin realiza contra a liberdade positiva – sobretudo em seu texto “Two Concepts of Freedom”⁵⁰ - não se pode negar que sua obra é relevante referência acerca do tema.

Berlin não é, todavia, por evidente, o único a afirmar a liberdade negativa como a “verdadeira” liberdade. Antes dele, Hayek já definira o que entendia como a

⁴⁷ Ou seja, da pretensão de “moralização das próprias pessoas” para que possam atingir esse parâmetro valorativo de “vida boa” imposto externamente a elas. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia representativa**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 138.

⁴⁸ Como mostra, por exemplo, Antonio Junqueira de Azevedo, ao sustentar como fundamento antropológico da dignidade humana não a “autonomia da vontade” do sujeito racional e autoconsciente kantiano mas, sim, a própria vida (da qual deduz como imperativo categórico a sua intangibilidade). AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁴⁹ Trata-se, nas palavras do autor, daquilo que aparentemente seria “o outro” da razão, mas sobre o qual ela “se move”. É um “horizonte categorial pulsional, afetivo, erótico, mínimo porém necessário para compreender esse aspecto material da ética crítica”. Adverte que não se trata de “irracionalismo”, mas de algo pertinente a uma “razão prática material crítica” que “se exerce levando em conta o princípio ético da exigência da reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 345-356.

⁵⁰ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979. Vide, também, Freedom and its Betrayal, em que Berlin aponta como “inimigos da liberdade” diversos autores (entre eles Rousseau e Hegel) que se afastam da sua própria concepção sobre a liberdade – ou seja, do que o autor reputa ser a “essência da liberdade”, que consistiria “in the ability to choose as you wish to choose, because you wish so to choose, incoerced, unbullied, nor swallowed up in some vast system”. No dizer do autor, essa é a “verdadeira liberdade” (the true freedom), concluindo que “without it there is neither freedom of any kind, nor even the illusion of it”(BERLIN, Isaiah. Freedom and its betrayal: six enemies of human liberty. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 103-104).

“verdadeira liberdade” como ausência de coerção⁵¹, ao passo que a liberdade individual já era apontada no século XVIII, por John Locke⁵², como situada em um espaço à margem do Estado – e talvez seja viável afirmar, sobre Locke, que o espaço público seria meramente residual ao privado⁵³.

Nada obstante o que sustentam os autores antes indicados, pode-se afirmar uma insuficiência da liberdade negativa, que precisa ser complementada pela noção de liberdade positiva. Não se trata de desconsiderar a liberdade negativa, mas, sim, reconhecer que ela não pode ser concebida como um conceito que encerre a “verdadeira liberdade”.

Note-se, aliás, que os próprios conceitos de Berlin dizem respeito ao que ele denomina de liberdade política, na relação entre a ação livre e a coerção, e que não se confunde, por exemplo, com a liberdade econômica.⁵⁴ Embora, mesmo nesse ponto, sua teoria também pareça duvidar da possibilidade de que restrições que não sejam definidas como coerções – ou seja, condutas humanas voluntárias que restringem a liberdade alheia – sejam reputadas como verdadeiros déficits de liberdade, identificar o lugar em que se situa a teoria é importante para permitir pensar na relação entre liberdades positiva e negativa em outros termos.

Trata-se de reconhecer que um sentido plural de liberdade quanto aos conceitos aqui analisados não é apenas fruto de diferenças de concepção sobre o que a liberdade é, mas que as pretensões de unicidade conceitual são insuficientes para dar conta da complexidade de que a liberdade se reveste. É relevante, nesse sentido, a observação de Oscar e Mary Handlin de que o conceito de liberdade como liberdade negativa é fruto de circunstâncias históricas muito peculiares, próprias dos séculos XVIII e XIX:

⁵¹ HAYEK, Friedrich von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 6.

⁵² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 33-434.

⁵³ Nesse sentido, permitimo-nos remeter: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. Ricardo Marcelo Fonseca (coord.) Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 76.

⁵⁴ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 121-122.

A liberdade naqueles duzentos anos tornou-se a justificativa de um assentado ataque contra um sistema de privilégios herdados do passado. Esse sistema, geralmente denominado de feudalismo, era então uma complicada ordem ou hierarquia de direitos e privilégios, entre os quais as prerrogativas da Coroa e as faculdades da nobreza, do clero, das corporações, municipais e outras, e dos indivíduos. (...) Conseqüentemente, na luta contra o privilégio, a liberdade revestiu-se do sentido principal de resistência à coerção. Ansiosa, acima de tudo, por libertar o indivíduo dos grilhões que o impediam de usar de seus direitos, aquela época inclinou-se a conceber a liberdade nos termos de Helvecio, como a antítese do poder de outros.⁵⁵

Ainda que a análise constante do parágrafo acima transcrito não contemple integralmente as circunstâncias históricas em que o conceito de liberdade negativa acaba por triunfar, ele é revelador de que esse conceito não esgota o que se pode compreender por liberdade, sendo apenas um de seus perfis, cuja especial valorização é fruto de um dado momento histórico. Não se pode pensar a liberdade como algo que paira acima da história, como dotada de conceito unitário e imutável. Na contemporaneidade, o conceito puramente negativo é manifestamente insuficiente.

A liberdade vista apenas em termos negativos, sobretudo se pensada em suas repercussões no Direito, pode significar uma limitação da relevância jurídica das escolhas ao momento de sua realização, sendo indiferentes, porém, suas conseqüências. Em outras palavras, tratar-se-ia de reconhecer que as pessoas são livres para querer e agir, mas esse querer e esse agir não importam necessária proteção jurídica em suas conseqüências.

Especificamente no Direito Civil, o que acima se explicitou pode ser ilustrado com o seguinte exemplo - formulado *ad absurdum*, mas nem por isso menos revelador da insuficiência de um conceito unitário de liberdade: se a liberdade fosse apenas liberdade negativa, poder-se-ia afirmar que um dado contrato pode ser celebrado lícitamente, mas que a resposta do jurídico à sua celebração efetiva se limitaria a essa mesma afirmação previamente formulada acerca de sua licitude (ou seja, a conclusão de que o contrato é lícito porque não é proibido).

Ou seja, não defluiria daí a proteção jurídica das conseqüências desse

⁵⁵ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 22-23.

contrato, do exercício da liberdade positiva que se materializa como ato de normatização da própria conduta, da determinação individual dos rumos do agir, atendendo aos objetivos daquele que celebra o contrato. Bastaria declarar, pois, “o contrato é lícito”. Quando se reconhece, porém, que aquilo que se pactuou no contrato tem força cogente – e não apenas que o contrato é lícito -, está-se a afirmar que as partes exerceram, por meio do contrato, ainda que pontualmente, um ato que pode ser qualificado como de liberdade positiva.

É certo, porém, que essa efetiva autodeterminação nem sempre está presente nas relações contratuais, e as conseqüências desse déficit serão analisadas em outro momento deste trabalho.

Mas o exemplo ilustra um possível sentido plural que pode residir na liberdade dos particulares mesmo em uma seara que, normalmente, é pensada em termos apenas de liberdade negativa: a autonomia privada. Já se anotou anteriormente que mesmo autores não liberais, como Habermas encaram a autonomia privada como liberdade negativa, recolhendo, assim o conceito liberal que o próprio autor critica.

O conceito habermasiano, embora não contemple a integralidade do que se pode entender como autonomia privada, é de inequívoca coerência no que tange, ao menos, à sua constatação a respeito da pretensão liberal acerca da liberdade individual – ou, ao menos, ao menos de parte expressiva dessa coerente de pensamento.

Trata-se, mais do que isso, da constatação de uma marca do pensamento Moderno, como sustenta Sygmunt Bauman.

Bauman busca demonstrar criticamente como da condução da proposta da Modernidade para aquilo que se anuncia como fruto da contemporaneidade há uma passagem de uma pretensão de construção de “liberdade ativa, a liberdade de refazê-las para melhor se adequarem à existência humana”, para uma liberdade definida, a partir do conceito empregado por Isaiah Berlin, como “liberdade negativa”, ou seja, a liberdade de fazer o que se quiser em um espaço de não coerção.⁵⁶ Embora, como visto, a autoridade política não seja apontada pelos defensores da liberdade negativa como a única fonte de coerção, parece fora de dúvida, sobretudo nas antes citadas concepções de Hayek e Nozick, que o Estado é

⁵⁶ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

visto como o mais relevante promotor de coerção a ter sua atuação restringida em proveito da liberdade.

A liberdade negativa se situa assim, no reverso do Estado: trata-se da possibilidade de fazer escolhas que será tão mais ampla quanto menor for a coerção estatal.

Ao mesmo tempo, porém, pressupõe a proteção do Estado, por meio da lei, a esse espaço em que não há restrições. A definição de Montesquieu acerca da liberdade como “o direito de fazer tudo o que a lei permite”⁵⁷ se coloca como a expressão jurídica da liberdade negativa, pensada, sobretudo, como a liberdade no espaço privado.

A intransigente defesa de autores como Locke, Hayek⁵⁸, Berlin e Robert Nozick⁵⁹ de um conceito de liberdade como espaço em que inexiste coerção é reveladora de um sentido comum ao desenvolvimento da relação entre Estado e indivíduo nas democracias liberais. Não se pode deixar de identificar essa similitude, mesmo sendo evidente a existência de importantes divergências entre, por exemplo, o “liberal-igualitário” Rawls as concepções de Hayek, que entende haver inafastável contradição entre a liberdade “verdadeira” e as pretensões de igualdade, que qualifica como mais vinculadas a propostas “socialistas”⁶⁰, ou de Nozick, que também entende haver uma incompatibilidade entre pretensões libertárias e igualitárias.⁶¹

A liberdade positiva, no legado liberal – ainda que sem unanimidade – é pensada como situada na seara do público, como autonomia pública.

⁵⁷ O citado autor, embora reconheça que “não há palavra que tenha recebido as mais diversas significações”, acaba por defini-la como o conceito negativo acima transcrito. Dali se afere, também, um sentido racionalista que, de alguma forma, define a liberdade também como aquilo que “se deve querer”: “Num Estado, isto é, em uma sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não se constrangido a fazer o que não se deve desejar”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Brasília : Editora UNB, 1982, p. 185-186.

⁵⁸ HAYEK, Friedrich von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 6.

⁵⁹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

⁶⁰ HAYEK, Friedrich von. **Direito, Legislação e Liberdade**: A miragem da justiça social. Vol. II. São Paulo: Visão, 1985, p. 83.

⁶¹ No dizer de Amartya Sen “For example, not only are libertarian thinkers (such as Nozick 1974) seen anti-egalitarian, but they overriding concern with liberty”. SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 21

Corroborando essa constatação – mas sem o mesmo sentido crítico - vem a referência de José Guilherme Merchior:

A fórmula ‘inglesa’ de Montesquieu trazia uma palavra-chave: lei. Ao teorizar liberdade como ausência de impedimento, Hobbes já falara no silêncio das leis. Mas Locke, primeiro grande teórico do liberalismo, escrevendo no fim do século XVII, observaria que a liberdade depende da lei – e não só em um sentido negativo. Pois o respeito à liberdade alheia é um fruto da lei, e esta, a seu turno, é um produto da liberdade: nasce da associação dos homens livres (o ‘contrato social’) para garantir a independência de cada um frente a qualquer poder arbitrário, político ou social. Em Locke, essa liberdade na lei, liberdade, portanto, já política, era o instrumento necessário à garantia da liberdade como liceidade.⁶²

Com efeito, a identificação de uma clivagem entre a participação política como liberdade política (e liberdade positiva) e a autonomia privada (como liberdade negativa) é reflexo da cisão entre Estado e sociedade civil que é marca do pensamento Liberal.

Poderíamos supor, quiçá, que foi essa clivagem que permitiu ao Liberalismo francês do início do século XIX conviver com a tirania Napoleônica no âmbito estatal e, ao mesmo tempo, afirmar sua “cidadania” a partir do Código Civil de 1804.⁶³

Não se distancia dessa realidade, em que o lugar da liberdade não é o político, a racionalidade que informa o famoso texto de Benjamin Constant sobre a Liberdade dos antigos e a Liberdade dos modernos⁶⁴ (ao qual, por sinal, Berlin rende viva homenagem na introdução da obra “Four essays on liberty”⁶⁵).

Com efeito, já em Constant se afirma que a “verdadeira liberdade dos Modernos” é a liberdade do indivíduo (em especial, leia-se, a liberdade econômica), ao passo que a liberdade essencial dos “antigos” se expressava na participação

⁶² MERCHIOR, José Guilherme. **Liberdades**. Gazeta do Povo. Curitiba, 21/12/1987.

⁶³ É interessante, nesse sentido, a observação de Jean-Louis Halpérin: “Selon Locré, Le Code Napoleon fixe ‘l’époque du retour à l’ordre, aux idées saines, aux idées véritablement grandes, véritablement liberales’. À la lecture de ce simple passage, on voit comment des ‘idées liberales’, censées garantir la liberté civile des citoyens, ne paraissent pas encore s’opposer en 1805 à un vigoureux autoritarisme politique et social. (HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**. Paris : Dalloz, 2003, p. 93.

⁶⁴ CONSTANT, Benjamin. CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872, p. 542..

⁶⁵ BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford : Oxford University Press, 1979, p. xlv.

política.

*La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie; la liberté politique est par conséquent indispensable. Mais demander aux peuples de nos jours de sacrifier comme ceux d'autrefois la totalité de leur liberté individuelle à la liberté politique, c'est le plus sûr moyen de les détacher de l'une et quand on y serait parvenu, on ne tarderait pas à leur ravir l'autre.*⁶⁶

Dois retratos, como se vê, do que se pode denominar de liberdade negativa e de liberdade positiva.

Bauman se dedica a desmistificar essa compreensão, que ele qualifica como inserta na lógica da Modernidade: na concepção do autor, não se limita a liberdade individual à possibilidade de fazer escolhas em um espaço de não coerção, mas, sim, diz respeito à construção de subjetividade, à possibilidade de interferir nas decisões que determinam a vida de cada um.

Para fundamentar sua concepção, Bauman demonstra a insuficiência do conceito de liberdade negativa como definidor da liberdade individual, tomando como ponto de partida as restrições que se impõem à escolha-livre.

Bauman, ao investigar “até que ponto é livre o homem livre”, acaba por apontar duas espécies de limites que se colocam às opções individuais: o primeiro diz respeito ao que o autor denomina “agenda de opções”; o segundo, ao “código de escolha”.

Por agenda de opções deve-se tomar o “conjunto de alternativas efetivamente disponíveis” que se colocam para a escolha individual.

Já o código de escolha consiste nas “regras que indicam com base em que se deve preferir uma coisa às outras e quando a escolha é adequada ou não”.

Na Modernidade, segundo Bauman, era a legislação que definia a agenda de opções, estabelecendo aquilo que é permitido e aquilo que é proibido. Determinava, assim, o que se poderia escolher à margem do lugar da coerção.

⁶⁶ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872, 555.

Para além da agenda de opções, os códigos de escolha que permitiam ao indivíduo definir-se entre as opções disponíveis era, na Modernidade, a educação.

Na descrição trazida pelo autor:

Trata-se de esforço institucionalizado para instruir e treinar os indivíduos na arte de usar sua liberdade de escolha dentro da agenda estabelecida legislativamente. A educação visa a prover os optantes de sinais de orientação, regras de conduta e, acima de tudo, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar estas.⁶⁷

Ocorre que, na pós-modernidade, sustenta o autor que as instituições políticas teriam sofrido um processo de “abandono ou diminuição do seu papel de criadoras de códigos e de agenda de opções”.

Essa função se transferiria a outros centros de poder que não as instituições políticas, em especial aquelas forças associadas ao mercado – sobretudo o mercado de consumo.

A agenda de opções e os códigos de escolha deixam de se construir politicamente, passando às mãos de poderes privados, que elegeriam opções, valores, e critérios de modo a direcioná-los à reprodução dos mercados financeiro e de consumo.

A liberdade negativa do indivíduo, dessa maneira, não seria sua emancipação, mas, sim, sua transformação em sujeito consumidor, atomizado, “centrado em si mesmo” e “pouco interessado nas repercussões que suas escolhas possam ter para além das próprias sensações”⁶⁸.

Conforta-se o consumidor na segurança de sua liberdade de consumir, sem precisar construir algo que esteja para além de sua imediata satisfação individual.

Bauman defende a tese, assim, de que a clivagem entre o público e o privado, que afirma a “verdadeira liberdade” como a liberdade negativa não foi, propriamente, um incremento da liberdade individual: foi, antes, a transformação do cidadão-

⁶⁷ BAUMAN, S. Op. cit. p. 79.

⁶⁸ BAUMAN, S. p. 82.

político em indivíduo-consumidor.

Trata-se de constatação que converge com as conclusões de Pietro Barcellona em “O individualismo proprietário”⁶⁹. Barcellona demonstra como a passagem da sociedade do século XIX para a sociedade de consumo o indivíduo, ao se fragmentar em diversos papéis sociais, perde sua centralidade para se tornar apêndice daquilo que consome.

O papel de consumidor, de maior destaque nessa sociedade massificada, se torna o definidor do lugar de cada um no sistema social: o indivíduo valerá tanto quanto puder participar, como consumidor, no mercado.

Toda a vida desse indivíduo acaba por se reduzir ao consumo, que terá tanta mais liberdade quanto puder consumir. Segundo Barcellona, os indivíduos nunca tiveram tanta liberdade, em um espaço tão restrito, uma vez que, ao mesmo tempo em que são livres para consumir, restringe-se seu espaço de participação nas decisões, que decorrem do funcionamento da ordem sistêmica (instituída pelo mercado) que prescinde do sujeito.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que no espaço de não coerção do consumo privado os indivíduos são livres, retira-se a possibilidade de que estes sejam realmente livres para definir os rumos da sociedade, para o exercício de sua cidadania. A liberdade política do cidadão é substituída pela liberdade econômica do consumidor.

Daí a possibilidade de convergência entre a tese de Barcellona e a afirmação de Bauman de que “o ganho de liberdade supostamente obtido em compensação na fase final moderna ou nos tempos pós-modernos é em larga medida ilusório”. Mesmo porque, no dizer de Bauman, os códigos de escolha são impostos pelo mercado de tal forma que, a rigor, escolha efetiva não há.

É preciso reconhecer, nada obstante, que apesar do assujeitamento que as relações de mercado impõem ao indivíduo, conduzindo-o a escolhas que, a rigor, estão predefinidas, em qualquer formação social as redes de poder também são fontes de sujeição inexoráveis. As fontes de “agendas e de códigos” apontadas por Bauman na Modernidade não deixam de ser fontes de sujeição que, demais disso,

⁶⁹ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

não se restringem ao político, tendo seu perfil definido, antes, por discursos que perpassavam a sociedade Moderna.

Os mecanismos sociais de normalização, forjados por discursos que permeiam a sociedade, sem fonte ou ponto originário identificáveis, acabam por constituir o sujeito balizando suas escolhas e seus valores. Códigos de opção não são construídos apenas pelo mercado, mas por qualquer discurso de poder que se enraíze e constitua o perfil de uma sociedade, em dado tempo e lugar.

Trata-se de conclusão que guarda coerência com o pensamento de Michel Foucault:

Em face de um poder, que é lei, o sujeito que é constituído como sujeito – que é “sujeitado” – é aquele que obedece. À homogeneidade formal do poder, ao longo de todas essas instâncias, corresponderia, naquele que o poder coage – quer se trate de súdito ante o monarca, o cidadão ante o Estado, da criança ante os pais, do discípulo ante o mestre – a forma geral de submissão.⁷⁰

Enfatize-se que o mecanismo de poder como proibição indicado na citação não esgota o exercício de poder na concepção foucaultiana, como o próprio autor problematiza ao questionar “por que reduzir os dispositivos da dominação ao exclusivo procedimento da interdição?”.

O poder não se impõe a partir de um lugar superior de autoridade. Tampouco é estável, estático ou dotado de unidade.

Como decorrente de correlações de forças, não é dotado de unicidade de sentido nem parte de um único ponto. Afirma Foucault que o poder “está em toda parte”. Abaixo, segue passagem esclarecedora:

Onipresença do poder: não porque tenha o privilégio de agrupar tudo sob sua invencível unidade, mas porque se reproduz a cada instante, em todos os pontos, ou melhor, em toda relação entre um ponto e outro. O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares.⁷¹

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 87.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber, p. 89.

Daí concluir Foucault:

*O poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados; é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada.*⁷²

É esse o poder que amolda o sujeito.

Nem por isso, permitimo-nos dizer, a possibilidade de realizar escolhas será irrelevante. Somar-se à sujeição sem face a heteronomia coerciva é reduzir ainda mais a possibilidade de emancipação. Mesmo imerso entre os discursos de poder, inclusive aqueles que constituem as relações de mercado, ainda que reconhecida a sujeição inerente aos códigos de opção trazidos pela ordem estabelecida, a proteção à liberdade negativa não é, de antemão, inútil nem incompatível com a construção, ainda que intrinsecamente limitada (porque sempre, em alguma medida, sujeitada), de uma liberdade individual.

O que se pode apontar como efetivamente ilusória é a pretensão de afirmar a liberdade negativa como a “verdadeira liberdade”. Restringir a liberdade a esse conceito negativo é legitimar a indefinida reprodução dos mesmos discursos, e, nessa medida, a reprodução das mesmas agendas e códigos de opção.

Dentre as mais relevantes contribuições de Bauman está, nessa medida, a pretensão de definir a liberdade individual não apenas como a possibilidade de fazer escolhas, mas, também, como a possibilidade de, no âmbito do político, participar da definição de agendas.

É necessário reconhecer, todavia, que mesmo essas escolhas podem partir de sujeição prévia forjada por discursos de poder preexistentes, e, mais que isso, não podem, com efetividade, opor-se à totalidade das práticas de normalização decorrentes desses discursos - o que importa o reconhecimento dos limites do próprio político.

Além disso, não se pode subsumir a liberdade positiva, como possibilidade de

⁷² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber, p. 89.

definir algo que se aproxime de uma agenda de opções que não venha a nascer, necessariamente, na ágora, mas que pode clamar por ela, como na metáfora de Nelson Saldanha sobre o “jardim e a praça”⁷³, quando essa liberdade de autoconstituir-se se vir ameaçada.

Trata-se de reconhecer que a liberdade positiva é pertinente, sim, ao espaço público, mas é também relevante no espaço privado.

No que diz respeito ao Direito Civil, essa relevância se manifesta de modo contundente tanto na seara dos contratos, como antes explicitado, como no âmbito da propriedade (ou mais genericamente, de formas de pertencimento) e, sobretudo, na família.

Quando se reconhece, por exemplo, com *status* constitucional, a relevância de modos de “criar, fazer e viver”⁷⁴, está-se a afirmar que também as formas de pertencimento exercidas por “grupos formadores da sociedade brasileira”, e que integram a constituição de suas identidades coletivas – e da identidade, sobretudo, de cada uma das pessoas que forma esse coletivo – devem ser apreendidas e chanceladas pelo Direito, na normatividade que decorre dessa liberdade coexistencial vivida, na autodeterminação que se verifica nesses modos de viver. Trata-se de liberdade positiva.

Na família, para além de não qualificar como ilícitas formações afetivas que extrapolem previsões legais expressas, a liberdade positiva, em sua apreensão jurídica, pode trazer como consequência a proteção daquilo que deflui como (auto)normatividade constituída na vivência das pessoas que integram aquela relação, como determinação dos rumos de suas próprias vidas, e cuja chancela pode ser demandada perante o Direito quando da casa a família se coloca entre “o jardim e a praça”.

Esses temas serão retomados na última parte do presente trabalho, mas se colocam, desde logo, como expressões possíveis de um sentido plural que a liberdade pode assumir no Direito Civil.

⁷³ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. São Paulo: EDUSP, 1992, p. 14.

⁷⁴ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) II – os modos de criar, fazer e viver.”

1.3 LIBERDADE INDIVIDUAL E LIBERDADE COLETIVA

O ponto de partida desta seção é a conflituosa relação que a Modernidade institui entre individual e coletivo, e de como essa dicotomia (real ou aparente, conforme a base teórica de que se partir) pode influenciar concepções díspares sobre a liberdade.

Integram o objeto desta seção, entre outras, algumas leituras sobre o marxismo que identificam a classe como sujeito da história, bem como a crítica formulada por parte da doutrina marxista a essa interpretação. Pretende-se pontuar, com exame de caráter instrumental ao objeto da tese, aspectos dessa corrente de pensamento em que se pode identificar uma inter-relação entre liberdade individual e coletiva ou, ainda, de eventual uma prevalência de um sentido coletivo da liberdade, como emancipação de classe.

A partir de outra concepção ideológica, a seção também pretende contemplar a crítica de Norbert Elias⁷⁵ acerca da dicotomia entre individual e social, bem com avaliar possíveis repercussões que esse olhar pode trazer na leitura da liberdade.

Nessa esteira, pode-se principiar a análise proposta por uma conhecida referência à liberdade, na obra de Engels, que, sintetiza reflexão de Karl Marx em “O Capital”:

With the seizing of the means of production by society production of commodities is done away with, and, simultaneously, the mastery of the product over the producer. Anarchy in social production is replaced by systematic, definite organisation. The struggle for individual existence disappears. Then for the first time man, in a certain sense, is finally marked off from the rest of the animal kingdom, and emerges from mere animal conditions of existence into really human ones. The whole sphere of the conditions of life which environ man, and which have hitherto ruled man, now comes under the dominion and control of man who for the first time becomes the real, conscious lord of nature because he has now become master of his own social organisation. The laws of his own social action, hitherto standing face to face with man as laws of nature foreign to, and dominating him, will then be used with full understanding, and so

⁷⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1994.

*mastered by him. Man's own social organisation, hitherto confronting him as a necessity imposed by nature and history, now becomes the result of his own free action. The extraneous objective forces that have hitherto governed history pass under the control of man himself. Only from that time will man himself, with full consciousness, make his own history — only from that time will the social causes set in movement by him have, in the main and in a constantly growing measure, the results intended by him. It is the humanity's leap from the kingdom of necessity to the kingdom of freedom.*⁷⁶

O conteúdo desse reino da liberdade é definido por Marx em “A Ideologia Alemã”, nos seguintes termos:

*Com efeito, desde o instante em que o trabalho começa a ser distribuído, cada um dispõe de uma esfera de atividade exclusiva e determinada, que lhe é imposta e da qual não pode sair; o homem é caçador, pescador, pastor ou crítico, e aí deve permanecer se não quiser perder seus meios de vida — ao passo que na sociedade comunista, onde cada um não tem uma esfera de atividade exclusiva, mas pode aperfeiçoar-se no ramo que lhe apraz, a sociedade regula a produção geral, dando-me assim a possibilidade de hoje fazer tal coisa, amanhã outra, caçar pela manhã, pescar à tarde, criar animais ao anoitecer, criticar após o jantar, segundo meu desejo, sem jamais tornar-me caçador, pescador, pastor ou crítico.*⁷⁷

Desde logo, pode-se identificar essas concepções como referentes a uma liberdade que se opõe à noção de liberdade negativa preconizada por boa parte dos autores que integram a tradição liberal, antes referidos, aproximando-se de um conceito de liberdade positiva.

Amarthya Sen, relevante teórico da liberdade, expressa leitura nesse mesmo sentido:

Mas um argumento anterior para concentração no valor básico da liberdade pode ser encontrado na filosofia política de Marx, com sua ênfase em trazer ‘as condições para os livres desenvolvimento e ação dos indivíduos sob seu próprio controle’. (...) Esta é, por certo, uma visão ‘geral’ da liberdade (o que alguém, considerando-se todas

⁷⁶ ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**. Disponível em <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1877/anti-duhring/ch24.htm>. Acessado em 04 de maio de 2009.

⁷⁷ MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1987, p. 47.

as coisas, pode fazer), em contraste com os direitos ‘negativos’ (o que alguém não está proibido de fazer) enfatizado por boa parte da literatura libertária.⁷⁸

É necessário, porém, compreender em que contexto teórico essa proclamação de liberdade positiva se insere. Embora pareça, *prima facie*, uma evocação ao indivíduo, quiçá a passagem transcrita mais acima possa adquirir sentido mais amplo conforme a sua compreensão sistemática à luz da doutrina marxista.

Para uma adequada compreensão do sentido dessa proclamação sobre a liberdade, parece adequado analisá-la com base em uma leitura que se insira no universo teórico marxista. Essa perspectiva pode conduzir essa aparente liberdade positiva do indivíduo para uma liberdade positiva da classe, de sentido coletivo ou, mesmo, reconduzir essa mesma liberdade do coletivo para o individual.

As possibilidades indicadas no parágrafo acima fazem sentido à luz da descrição crítica que Lucien Sève formula a respeito de certas “visões generalizadas” sobre a posição de Marx frente à liberdade:

Selon ces vues répandues, Marx serait le théoricien d'un déterminisme socio-historique où les individus, purs produits de leur formation sociale et singulièrement de leur classe, ne sauraient jouer aucun rôle. Il serait du même mouvement l'apôtre d'un socialisme collectiviste qui se propose non pas de libérer l'individu mais d'émanciper la classe laborieuse à travers l'édification d'un ordre social où les valeurs de l'individualité perdraient tout sens. Et cela déboucherait sur réalisme révolutionnaire, voire un cynisme de l'action n'offrant dans ses moyens comme dans ses fins nulle place aux Droits de l'homme, tenus pour le type même de l'ideologie bourgeoise non seulement mystificatrice mais réactionnaire.⁷⁹

Em contraposição a essa ordem de idéias, Sève sustenta que, na verdade, ao invés de subsumir o indivíduo ao coletivo da classe, a teoria marxista pretenderia o desenvolvimento integral de todos os indivíduos. Formula o que denomina de três

⁷⁸ SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 41 (tradução nossa).

⁷⁹ SÈVE, Lucien. Marx et l'individualité. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986, p. 88.

momentos de reflexão:

1) Que le matérialisme historique, non seulement n'a pas pour sens de dissoudre l'individu dans un déterminisme socio-historique, mais constitue simultanément au contraire la base théorique d'une intelligence de l'histoire sociale et de la biographie individuelle ; 2) Que le communisme, non seulement ne s'identifie pas au sacrifice de l'individualité sur l'autel de la communauté, mais se définit essentiellement comme mode de rapports sociaux centré sur le développement intégral de tous les individus ; et 3) Que du même mouvement ce que Marx et Engels ont fréquemment mis en cause dans les Droits de l'homme, ce n'est jamais le souci humaniste auquel ils servent d'emblème, mais au contraire leur abstraction et limitation bourgeoises, confinant souvent à l'hypocrisie, à quoi ils opposent une conception historiquement concrète des conditions du libre épanouissement de tous les individus.⁸⁰

Pode-se, porém, ponderar sobre como se define esse homem histórico e social que se diferencia do homem abstrato da Declaração dos Direitos do Homem.

Trata-se de problematizar como se constrói, nessa toada, a biografia individual a que se refere Sève, sobretudo quando se tem em conta que esse indivíduo é, no dizer de Bernard Bourgeois, aquele que se realiza na associação revolucionária, aquele que nessa associação realiza “totalmente, concretamente, sua essência”, e que ali forja sua consciência, “materialmente verdadeira” (já que, no dizer desse mesmo autor, “a consciência revolucionária proletária é uma consciência não puramente ideológica, mas verdadeira”).⁸¹

É de se pensar, assim, se essa consciência poderia ser formadora, por exemplo, de concepções de bem também “verdadeiras”, uma vez que decorrentes dessa associação revolucionária em que o indivíduo proletário compreende “em si mesmo e por si mesmo sua própria identidade”.

Trata-se de questão que pode ter pertinência, uma vez que, como escreve o citado Bourgeois, “a consciência dos ‘produtores associados’ como consciência de identidade do indivíduo e de sua interação com outro indivíduo, compreende por si mesma a própria essência da consciência”. Trata-se de uma consciência do

⁸⁰ SÈVE, Lucien. Marx et l'individualité. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986, p. 93-94.

⁸¹ BOURGEOIS, Bernard. Marx et les droits de l'homme. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986, 49.

universal real, que é “necessariamente, por essência, consciência da universalidade efetiva dos indivíduos como da “realidade absoluta”. É a partir daí que pode se realizar a apropriação pelos indivíduos associados da “massa produtiva” apta a nutrir a “liberdade individual”.⁸²

Como se vê, a consciência proletária é reputada como “não ideológica”, mas verdadeira, de modo que eventuais concepções de bem que contrariem essa consciência real podem ser reputadas como “ideológicas” e, nessa medida, não podem integrar uma liberdade real desse indivíduo associado. Pode-se cogitar, à guisa de problematização, se o “reino da liberdade” poderia ser visto, assim, como pertinente a uma liberdade que se autodefine no âmbito dessa consciência não-ideológica. Outras concepções de liberdade que tragam em si outras concepções de bem podem, quiçá, ser pensadas como uma falsa liberdade, pois não se originam da identidade verdadeira do indivíduo proletário que, como visto, é compreendida “em si próprio e por ele próprio” na sua associação revolucionária – ou seja, no coletivo.

É por isso que, a despeito da bem construída reflexão de Lucien Sève, talvez não se possa afirmar de modo tão peremptório que uma leitura da liberdade em Marx que repute o individual como se diluindo no coletivo da classe seja um equívoco tão flagrante. Afinal, se é no coletivo da associação revolucionária que o indivíduo se liberta da ideologia, o lugar da consciência verdadeira bem pode ser visto como o dessa associação coletiva. O lugar da liberdade “verdadeira” seria também essa associação, não passando qualquer outra liberdade fora desse coletivo de uma abstração de caráter “ideológico”.

Daí porque pode não ser de todo insustentável a suposição de que a liberdade em Marx, antes de ser individual, seria uma liberdade de classe – ou que, ao menos, pressupõe a classe para a sua aquisição -, definidora de uma espécie de sociedade qualificada, que não se confunde com a sociedade burguesa. É o que parece defluir do seguinte excerto da “Ideologia Alemã”:

A comunidade aparente, anteriormente constituída pelos indivíduos, adquire sempre perante eles uma existência independente e, simultaneamente, porque significa a união de uma classe face a uma

⁸² BOURGEOIS, Bernard. Marx et les droits de l’homme. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986, 49.

*outra, representa não apenas uma comunidade ilusória para a classe dominada, mas também uma nova cadeia. Na comunidade real, os indivíduos adquirem a sua liberdade simultaneamente com a sua associação, graças a esta associação e dentro dela.*⁸³

A despeito, porém, dessa problematização, que tem por escopo pôr em pauta possíveis significados da relação entre liberdade individual e coletiva, parece adequado reconhecer que, quando menos, a teoria marxista a respeito da liberdade aproxima seu titular - seja ele o indivíduo seja ele o coletivo da classe que o qualifica - de uma concepção material de liberdade, que recolhe a relevância das condições materiais de existência como integrante do conceito de liberdade.

Sem embargo, as possíveis objeções ao sentido que o coletivo pode exercer sobre o individual em tais teorias podem por em xeque a própria concretude de que se pretende revestir a liberdade material em tela. Se o coletivo da associação revolucionária puder ser, efetivamente, reputado como o lugar em que o indivíduo viveria uma “liberdade verdadeira”, há o risco de que tal coletivo seja pensado, paradoxalmente, como abstração à qual se subsume o indivíduo, e que pode solapar a possibilidade de vivência de liberdades que não sejam adequadas à essa consciência “verdadeira”, à qual seria atribuído o condão de afirmar o que seria ou não a liberdade real e não-ideológica.

Pode-se pensar, todavia, a relação entre individual e coletivo em outros termos, que não se confundam com essa possibilidade de interpretação das teorias marxistas criticada por Sève, nem com o individualismo que marca boa parte do pensamento liberal. Um exemplo de concepção sobre essa relação pode ser encontrada, à guisa de exemplo, na obra de Norbert Elias.

Embora Elias busque construir um modelo explicativo para a conformação da sociedade, não se observa no pensamento desse autor a pretensão de que esse modelo explicativo se coloque no lugar do próprio objeto.

Trata-se de postura metodológica que trata as abstrações conceituais a partir do caráter essencialmente instrumental, sem fazer do conjunto de conceitos ou de representações o lugar do real.

⁸³ MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. Disponível em http://ateus.net/ebooks/geral/marx_a_ideologia_alema.pdf. Acessado em 3 de abril de 2009.

Elias critica, de modo especial, dois modelos explicativos que, a seu ver, teriam uma visão equivocada sobre a relação entre indivíduo e Estado: o primeiro de viés voluntarista e o segundo, de caráter organicista. Assim o autor descreve o primeiro desses modelos, desde logo apontando seus equívocos:

Parte das pessoas aborda as formações sócio-históricas como se tivessem sido concebidas, planejadas e criadas, tal como agora se apresentam ao observador retrospectivo, por diversos indivíduos e organismos. Alguns indivíduos, dentro desse campo geral, talvez tenham certo nível de consciência de que esse tipo de resposta realmente não é satisfatório. É que, por mais que distorçam suas idéias de modo a fazê-las corresponderem aos fatos, o modelo conceitual a que estão presos continua a ser o da criação racional e deliberada de uma obra – como um prédio ou uma máquina – por pessoas individuais. Quanto têm à sua frente instituições sociais específicas, como os parlamentos, a polícia, os bancos, os impostos, ou seja lá o que for, eles procuram, para explicá-las, as pessoas que originalmente criaram tais instituições. Ao lidarem com um gênero literário, buscam o escritor que constituiu o que os outros seguiram como modelo. Ao depararem com formações em que esse tipo de explicação é difícil – a linguagem ou o Estado, por exemplo – ao menos procedem como se essas formações sociais pudessem ser explicadas da mesma forma que as outras, aquelas que seriam deliberadamente produzidas por pessoas isoladas para fins específicos.⁸⁴

As concepções contratualistas parecem se enquadrar nesta primeira descrição. A intencionalidade dos indivíduos é, aqui, substituída pela vontade criadora de um pacto que institui a sociedade e o Estado. Ou se toma esse pacto como real, ou este se coloca, ao menos, como um lugar explicativo hipotético (como a posição original de Rawls⁸⁵).

Desse modelo explicativo emerge o superestimar da posição do indivíduo livre e autoconsciente perante a sociedade, como se o primeiro fosse o artífice da segunda. Não se trata, reitere-se, de um modelo que identifica intencionalidades, mas, sim, de um conceito que tem no poder da vontade individual a força genésica da sociedade e das instituições.

O segundo modelo, a seu turno, dilui o indivíduo em um corpo mais amplo,

⁸⁴ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 13-14.

⁸⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

não raro aniquilando a própria intencionalidade – e a liberdade. O sentido totalizante que marca essas concepções é assim descrito por Norbert Elias:

*Para os seus integrantes, o indivíduo não desempenha papel algum. Seus modelos conceituais são primordialmente extraídos das ciências naturais; em particular da biologia. Mas nesse caso, como tantas vezes acontece, os modelos científicos de pensamento misturam-se, fácil e imperceptivelmente, com os modos religiosos e metafísicos, formando uma perfeita unidade. A sociedade é concebida, por exemplo, como uma entidade orgânica supra-individual que avança inelutavelmente para a morte, atravessando etapas de juventude, maturidade e velhice.*⁸⁶

Após apontar alguns dos mais importantes adeptos desses modelos, Elias prossegue:

*E ainda quando não se vêem levados, por força das experiências da nossa época, ao equívoco de conceber uma teoria geral da ascensão e declínio das sociedades como algo inevitável, ainda quando antevêem um futuro melhor para nossa sociedade, até os adversários dessa perspectiva sprengleriana compartilham – por estarem dentro desse mesmo campo – uma abordagem que tenta explicar as formações e processos históricos pela influência de forças supra-individuais e anônimas. Vez por outra, muito particularmente em Hegel, isso dá margem a uma espécie de panteísmo histórico: um Espírito do Mundo, ou até o próprio Deus, ao que parece, encarna-se num mundo histórico em movimento, diferente do mundo estático de Spinoza, e serve de explicação para sua ordem, periodicidade e intencionalidade.*⁸⁷

Elias, ao contrário das concepções acima descritas, parte do reconhecimento da ausência de um modelo que efetivamente dê conta de tornar compreensível o que realmente ocorre na constituição da vida em sociedade.

É por isso que o autor propõe um modelo explicativo que ele próprio reconhece como incompleto e permeado por inadequações, mas que, por isso mesmo, se identifica como instrumental – sem pretender, portanto, se colocar no lugar do real. Trata-se do modelo da sociedade em redes.

⁸⁶ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 14.

⁸⁷ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 14.

A sociedade em redes é um conceito instrumental à compreensão de que, na realidade, nem as instituições se formam a partir da vontade individual soberana, nem, tampouco, são entes que organicamente absorvem os indivíduos, movendo-se rumo a um destino inexorável.

Trata-se de reconhecer que cada indivíduo já nasce em meio à sociedade, desenvolve-se no âmbito de relações sociais preexistentes, mas tem um papel de mudança dessa mesma sociedade ou, quando menos, de seu lugar nessa sociedade, não como vontade soberana, mas como intencionalidade.

Convém descrever o modelo explicativo apontado por Elias, que ao mesmo tempo em que supera a artificial dicotomia entre indivíduo e sociedade é manifestamente construído como instrumento que não se pretende no lugar do real:

*Nossos instrumentos de pensamento não são suficientemente móveis para apreender adequadamente os fenômenos reticulares, nossas palavras ainda não são flexíveis o bastante para expressar com simplicidade esse simples estado de coisas. Para ter uma visão mais detalhada desse tipo de inter-relação, podemos pensar no objeto de que deriva o conceito de rede: a rede de tecido. Nessa rede, muitos fios isolados ligam-se uns aos outros. No entanto, nem a totalidade da rede nem a forma assumida por cada um dos seus fios podem ser compreendidas em termos de um único fio, ou mesmo de todos eles, isoladamente considerados; a rede só é compreensível em termos da maneira como eles se ligam, de sua relação recíproca. Essa ligação origina um sistema de tensões para o qual cada fio isolado concorre, cada um de maneira um pouco diferente, conforme seu lugar e função na totalidade da rede. A forma do fio individual se modifica quando se alteram a tensão e a estrutura da rede inteira. No entanto essa rede nada é além de uma ligação de fios individuais; e, no interior do todo, cada fio continua a constituir uma unidade em si; tem uma posição e uma forma singulares dentro dele.*⁸⁸

Como se vê, Elias rechaça a concepção que vê o indivíduo (e sua liberdade) como alguém que só faz sentido na totalidade que o absorve e direciona inexoravelmente seu agir. Tampouco admite visões que coloquem o indivíduo o único artífice de sua própria vida, independente de qualquer inserção coletiva (que somente ocorreria voluntariamente, mediante a figura mítica do pacto).

⁸⁸ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p.35.

Colhe-se, nesse sentido, a seguinte passagem:

*Não há dúvida de que cada ser humano é criado por outros que existiam antes dele; sem dúvida ele cresce e vive como parte de uma associação de pessoas, de um todo social – seja este qual for. Mas isso não significa nem que o indivíduo seja menos importante que a sociedade, nem que ele seja um ‘meio’ e a sociedade um ‘fim’.*⁸⁹

É indubitável, no pensamento de Elias, que não se pode pensar o indivíduos senão nos seus vínculos sociais. De outro lado, não se identifica nesse pensador qualquer concepção que permita concluir que esses indivíduos se diluam no social (ou no Estado). Elias analisa a relação indivíduo e sociedade como superação de uma dicotomia, sem descurar, porém, de uma dualidade marcada pela recíproca dependência. E o traço fundamental dessa dependência está precisamente em se compreender a pessoa nas suas múltiplas e complexas relações com todas as demais.

Não se trata, como se vê, nem de pensar a sociedade como originada do voluntarismo individual nem, tampouco, como algo em que a individualidade se dilua – nem, tampouco, de pensar um ente que implicaria uma superação dialética da própria sociedade que está, como universalidade, para além das condições empíricas das relações concretas, como parece ser, por exemplo, a concepção estatal de Hegel⁹⁰.

Ao contrário, o indivíduo se autoconstitui socialmente no âmbito dessas condições empíricas, pleno de contradições, permeado pela necessidade, mas no quais há o espaço para o exercício de liberdade.

É nessa sociedade multifacetada e plural que se identifica a aptidão para o desenvolvimento de múltiplas concepções de bem, que não podem ser reputadas, de antemão, como “verdadeiras” ou “ideológicas”, e que podem informar compreensões também diversas a respeito da liberdade e do valor de cada uma dessas compreensões.

⁸⁹ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 19.

⁹⁰ Nesse sentido, MARCUSE, Herbert. **Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 107.

Esse modelo explicativo pode dar conta de permitir uma aproximação com a superação possível da dicotomia artificial entre indivíduo e sociedade, sem que isso implique a necessidade de qualificar o indivíduo apenas por um dado coletivo nem, ao contrário, reputar o coletivo como mera soma de indivíduos atomizados.

É nessa medida que se pode cogitar de uma liberdade plural dos indivíduos constituídos socialmente e que, simultaneamente, encontram espaços de autoconstituição. A liberdade dos particulares, nessa medida – e tanto Marx quanto Elias trazem contribuições relevantes nesse sentido – não pode ser pensada como a liberdade do indivíduo abstrato isolado da concretude de seus vínculos sociais.

Cabe, todavia, problematizar também essa concepção, por meio de uma leitura crítica a respeito daquilo que está na base da formação das relações sociais. A partir dessa compreensão, que pode pensar as redes como pertinentes a inexoráveis discursos de poder, a limitar as possibilidades de autoconstituição, é que se desenvolverá a seção seguinte, com base no pensamento de Michel Foucault.

1.4 LIBERDADE COMO “INSUBMISSÃO”

O pensamento foucaultiano ocupará posição de centralidade nesta seção. Pretende-se, aqui, simultaneamente, apontar a impossibilidade de se supor uma autonomia individual irrestrita – por meio da constatação de que o sujeito se forja em meio a redes de poder que o “assujeitam”, formando, inclusive, por esse meio, a sua individualidade – e de identificar espaços de autoconstituição (que podem residir no cuidado de si e na resistência ao poder)⁹¹.

Na leitura que aqui se realiza, toma-se a compreensão foucaultiana como remetendo a uma noção que poderia ser chamada, quiçá, de liberdade como resistência ou “insubmissão”. Trata-se, ao invés de reconhecer a liberdade como ausência de coerção, tomá-la como resistência ao poder.

É necessário, porém, para a análise dessa expressão da liberdade, que se compreenda o sentido bastante próprio que tem o poder na obra foucaultiana. O

⁹¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988; FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, 2001; FOUCAULT, Michel. **Herméneutique du Sujet**. Seuil/Gallimard, 2001.

poder, nessa concepção, não se confunde com o poder estatal – e, portanto, o entendimento aqui examinado a respeito da liberdade não se restringe à relação com a coerção estatal, nem, tampouco, pode ser tomado sem ter em conta a historicidade do sujeito dessa liberdade.

Trata-se da historicidade que vem à tona no âmbito dos discursos e das relações de poder por eles instituídas.⁹² A referência às regras do discurso não é uma referência a um sujeito do qual elas partam – uma vez que o discurso não parte de uma origem identificável como um sujeito, que, ao contrário, se constitui no âmbito desses discursos. Assim, o sujeito Moderno – racional, autoconsciente e individualizado – seria ele próprio fruto de um discurso⁹³.

O constituir do sujeito no âmbito dos discursos teria como ponto de partida, para Foucault, não o exercício de uma dada forma liberdade por meio da autonomia, mas, ao contrário, sua sujeição ao poder. Não se trata do poder estatal, mas, sim, do poder inerente aos discursos que formam o sujeito.⁹⁴

Tampouco se trata de um momento de autoconstituição, mas, sim, de uma constituição que se dá com referência a outrem, em uma rede de incidência de poderes.⁹⁵

Não há, pois, um lugar do poder propriamente dito. Tampouco há um ator de onde ele provém. Não deve ele ser buscado “num foco único de soberania de onde

⁹² Essa historicidade, na perspectiva foucaultiana, não diz respeito a uma perspectiva de uma história forjada na factualidade política, nas consequências materiais do incremento de necessidades nem, muito menos, na suposta linearidade evolutiva de um “espírito humano”.

⁹³ Não é, assim, um ente universal a pairar acima da história e a produzir sua própria realidade: ele é fruto de uma “realidade” discursiva, de uma episteme específica. A história não seria, propriamente, uma história do sujeito, mas, sim, uma história dos discursos. Trata-se, como se vê, de crítica contundente às concepções liberais que situam o sujeito no ponto de partida das instituições, dos saberes e, até mesmo, de sua própria liberdade.

⁹⁴ Em face de um poder, que é lei, o sujeito que é constituído como sujeito – que é “sujeitado” – é aquele que obedece. À homogeneidade formal do poder, ao longo de todas essas instâncias, corresponderia, naquele que o poder coage – quer se trate de súdito ante o monarca, o cidadão ante o Estado, da criança ante os pais, do discípulo ante o mestre – a forma geral de submissão. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 87. Enfatize-se que o mecanismo de poder como proibição indicado na citação não esgota o exercício de poder na concepção foucaultiana, como ele mesmo problematiza alguns parágrafos adiante ao questionar “por que reduzir os dispositivos da dominação ao exclusivo procedimento da interdição?”. O sentido do que se está a explicitar será melhor aclarado mais adiante.

⁹⁵ O poder, em Foucault, assim, não se restringiria nem se confundiria com as noções de soberania e poder estatal. Trata-se, na verdade, da “multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem, e constitutivas de sua organização”. FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**, p. 88.

partiriam formas derivadas de descendentes”.⁹⁶ Como decorrente de correlações de forças, não é dotado de unicidade de sentido nem parte de um único ponto, de modo que ele “está em toda parte”.⁹⁷

O sujeito, a seu turno, nesse contexto, não pode ser tomado como o sujeito da razão universal, o sujeito autônomo que se rege pela lei moral que a ele é imposta por sua própria razão que, sendo universal e transcendental, é comum a todos os indivíduos.

O sujeito se comporta, sim, conforme um conjunto de modelos de conduta, impostos por uma rede de relações de poder engendradas por uma multiplicidade de discursos. Não é ele a fonte do discurso da conduta moral universal, mas, sim, é ele o objeto do poder que incide sobre sua vida determinando sua conduta, classificando-a, julgando-a, promovendo-a, sancionando-a⁹⁸.

Foucault descreve duas formas de atuação desse poder: o poder disciplinar e o biopoder. Cada uma dessas formas engendra seu modo próprio de “assujeitamento”. Ambas são formas de normalização, ou seja, formas de adequar indivíduos e populações a dados moldes, coerentes com os discursos que constituem as relações de poder.

O poder disciplinar, que teria encetado para o autor a formação de uma denominada “sociedade disciplinar” diz respeito a um dado método de “adestramento” de indivíduos.⁹⁹ Consiste em um verdadeiro poder sobre os

⁹⁶ FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**, p. 88.

⁹⁷ Cabe novamente transcrever, neste ponto, passagem relevante do pensamento do autor, anteriormente citada: “Onipresença do poder: não porque tenha o privilégio de agrupar tudo sob sua invencível unidade, mas porque se reproduz a cada instante, em todos os pontos, ou melhor, em toda relação entre um ponto e outro. O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares”. Daí concluir Foucault: “O poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados; é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada”. FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**, p. 89.

⁹⁸ A medida da conduta do sujeito não nasce no próprio sujeito – nem em um lugar transcendental – mas no âmbito dos discursos, e se impõe ao sujeito constituindo-o como tal. Não se trata do sujeito autônomo como fonte do poder, mas do sujeito forjado pelo poder que lhe é exterior.

⁹⁹ É um pólo do poder sobre a vida centrado no “corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano”. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**, p. 131.

corpos¹⁰⁰ que opera mediante três instrumentos: vigilância hierárquica¹⁰¹, sanção normalizadora¹⁰² e exame¹⁰³.

A segunda forma de poder, identificada por Foucault como típica do período que se inicia na segunda metade do séc XVIII é o denominado biopoder. Se o poder disciplinar era um poder sobre os corpos e sobre os indivíduos, o biopoder é um poder sobre as populações¹⁰⁴. O biopoder, ainda que seu advento seja, segundo Foucault, posterior ao do poder disciplinar, não é excludente em relação a este

¹⁰⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: ____ (coord.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 260.

¹⁰¹ A vigilância hierárquica consiste em poder anônimo, que é exercitado de vários lugares, e que sujeita os indivíduos a uma observação permanente. Trata-se de componente que “se auto-sustenta pelos seus próprios mecanismos” (FONSECA, R. M. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 262.), por meio de um jogo de olhares que se impõe sobre seus objetos – os sujeitos a serem normalizados – propiciando a operatividade dos demais instrumentos do processo de normalização. Foucault ilustra a vigilância por meio da figura do denominado panóptico, assim descrito: “Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre cada face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente da claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, p. 177). A descrição do panóptico, com efeito, revela não apenas o sentido da vigilância hierárquica permanente, mas a própria operatividade do poder disciplinar, por meio da individualização que propicia a aferição de comportamentos e a aplicação da sanção normalizadora.

¹⁰² A sanção normalizadora é o que permite a classificação dos comportamentos, visando a conduzir os indivíduos conforme essa qualificação definida pelo discurso que permeia a relação de poder. Pode a sanção ser negativa (como punição, castigo) ou positiva (FOUCAULT, **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, p. 161), de modo a formatar os comportamentos e, por conseguinte, amoldar os sujeitos à norma. Trata-se de uma dimensão ativa do adestramento, que, sob a égide de uma vigilância que parte de todos os lugares, incide diretamente sobre os comportamentos, punindo-os ou premiando-os.

¹⁰³ Trata-se de uma combinação das técnicas de vigilância hierárquica e da sanção que normaliza (FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado**, p. 263). Consiste em um “controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir” (FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, p. 164). O exame completa um processo de reificação do sujeito, na medida em que o torna “objeto para o conhecimento e uma célula onde o poder atuará” (FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado**, 264), uma vez que se trata da descrição, da documentação, da comparação que reduz o indivíduo a objeto de análise, confrontando-o com os critérios de normalização.

¹⁰⁴ O âmbito de incidência desse biopoder é assim definido por Foucault: “(...) centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população” (FOUCAULT, M. **História da sexualidade**: a vontade de saber, p. 132).

último.

Se o poder disciplinar se dirigia aos indivíduos, como um “poder de morte”, o biopoder se dirige como forma de normalização de populações, um poder sobre a vida das populações. Opera por meio de processos de aferição e mensuração – e, por consequência, de controle – de questões pertinentes à saúde, natalidade, longevidade e outros dados pertinentes à “mecânica do ser vivo”¹⁰⁵.

O sujeito massificado da sociedade de controle, para Michel Foucault, é também constituído no âmbito das relações de poder, que se impõe de modo diferenciado, sem prejuízo do poder disciplinar.

Vem à tona, neste ponto, a questão sobre “se” e “como” seria possível identificar algum espaço de liberdade desse sujeito, um espaço em que ele deixa de ser sujeito sujeitado e passa a ser ator (autor) de sua própria vida. Foucault parte, assim, para uma incursão na relação do sujeito com ele mesmo, visando a identificar, em meio às relações de poder forjadas pelos discursos, espaços de auto-constituição do sujeito.

Nada obstante, conforme o autor, o sujeito não se qualifique pela autonomia, mas pela sujeição, isso não implica negar a existência de espaços episódicos de resistência, em que a sujeição pode dar lugar à autonomia. Trata-se de momento do estudo foucaultiano que desemboca na insubmissão da sujeição, em que o sujeito resiste aos discursos que engendram as redes de poder.

Para Foucault, não há entre liberdade e poder uma relação de exclusão: a liberdade seria a condição de possibilidade para o poder, já que não haveria poder onde não há possibilidade de uma multiplicidade de condutas, inclusive de

¹⁰⁵ A sujeição, aqui, nessa “sociedade de controle”, não se dá por meio da individualização, como na sociedade disciplinar, mas, sim, por meio de sua inserção e qualificação em dados estratos populacionais, em determinados padrões de aferição coletivos. Também na sociedade de controle o forjar do sujeito se dá mediante sujeição, incidência de poder. Assim Ricardo Marcelo Fonseca descreve os mecanismos dessa biopoder: “Os mecanismos a serem implementados pela biopolítica não serão a vigilância, a sanção ou o exame (próprios do poder disciplinar); serão as previsões, as estimativas, as estatísticas, as medições globais, de molde a intervir não no nível individual da existência das pessoas, mas atuar nos fenômenos gerais (baixar a mortalidade, estimular a natalidade, encompridar a expectativa de vida, etc.) Não se pode deixar de notar que, efetivamente, a intervenção de massa sobre natalidade ou questões de saúde não deixa de ser um conjunto de mecanismos que engendram relações de poder (ainda que a “sujeição” a esse poder nem sempre possa ser reputado como um “assujeitamento” propriamente dito, como será examinado mais adiante).” FONSECA, Ricardo Marcelo. **Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 118.

resistência. Não haveria verdadeiro poder onde as relações estão “saturadas”, como na escravidão, por exemplo, em que, ao invés de poder, está-se diante de relação física de coação. Daí concluir Foucault que “a relação de poder e a insubmissão da liberdade não podem ser separadas”.¹⁰⁶

Note-se que a liberdade reside, precisamente, na possibilidade de resistência: exercer a liberdade como autonomia e exercer a resistência, opondo-se às teias de poder discursivamente constituídas.¹⁰⁷

Assim, se é certo que Foucault descreve práticas de subjetivação que são formas de sujeição, também aponta possibilidades de liberação por aquele que “está implicado num processo de formação da identidade”.¹⁰⁸

Foucault examina, assim, tanto uma subjetivação que se põe no âmbito da sujeição como uma seara de auto-constituição – tome-se por exemplo o “cuidado de si”, concebido, entre outros aspectos, como um “combate permanente”, que deve oferecer ao indivíduo as “armas e a coragem” que lhe permitirão o enfrentamento da vida.¹⁰⁹

Ilustrativa dessa liberdade que emerge em meio às redes de poder é a reflexão foucaultiana sobre a “moral e a prática de si”.¹¹⁰ Foucault não restringe à ação moral ao conjunto de prescrições externas que se impõe de modo difuso a constituir o sujeito mediante sujeição. A ação moral (no caso, a moral sexual) pode ser vista também na perspectiva do “modo de sujeição”. Esse modo de sujeição é particular ao indivíduo submetido às prescrições externas, tendendo a um “certo

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H.L.; RABINOW, P. **Michel Foucault: Uma trajetória filosófica** – para além do estruturalismo e da hermenêutica.[s.l.], [s.d.], p. 244

¹⁰⁷ A liberdade de auto-constituição do sujeito, ao contrário do que se poderia supor pela ênfase no estudo da sujeição imposta pelas relações de poder, é mote central no pensamento foucaultiano. Não se trata de um determinismo niilista, mas de um convite ao novo, fundado na autonomia. Sandra Coelho de Souza recolhe passagem esclarecedora de entrevista concedida por Foucault a Michael D. Bess, em que ele “fala em nome da liberdade no que concerne à constituição do sujeito”, afirmando: “Fico estupefato em constatar que certas pessoas puderam ver nos meus estudos históricos a afirmação de um determinismo ao qual não se pode escapar” SOUZA, Sandra Coelho de. **A ética de Michel Foucault**. Belém: CEJUP, 2000, p. 380.

¹⁰⁸ SOUZA, S. C. **A ética de Michel Foucault**. Belém: CEJUP, 2000, p. 380.

¹⁰⁹ FOUCAULT, M. **Herméneutique du Sujet**. Seuil/Gallimard, 2001, p.74, p. 477.

¹¹⁰ Sobre o tema, ver FOUCAULT, M. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**, vol. 2.

modo característico de ser do sujeito moral”.¹¹¹

Coerentemente com o explicitado até aqui, pode-se afirmar que as possibilidades de auto-constituição do sujeito foucaultiano estariam, conforme Delruelle, situadas na resistência ao poder inerente aos discursos, e, portanto, na busca permanente do novo.¹¹²

Trata-se, em alguma medida, também de resistência ao institucionalizado. Este institucionalizado, é certo, não se confunde com um “lugar do poder”. Mas não se pode negar que o poder o atravessa e o utiliza como “suporte”. Apesar da mobilidade do poder não permitir que ele se localize “na” instituição, ele a percorre e define, em dado momento histórico, seu perfil – qualificando-a, assim, também, como âmbito de combate.

Admitindo-se que as instituições seriam também constituídas discursivamente no âmbito das relações de poder, o modo de ser “livre” seria o opor-se, por meio da resistência, às relações de sujeição que, em dado momento, permeiam o institucionalizado.¹¹³

¹¹¹ Indicando o exemplo da fidelidade conjugal, Foucault aponta formas diferentes de subjetivação pertinentes a essa conduta moral: “A fidelidade conjugal pode dizer respeito a uma conduta moral que leva a um domínio de si cada vez mais completo; ela pode ser uma conduta moral que manifesta um distanciamento repentino e radical a respeito do mundo; ela pode tender a uma tranquilidade perfeita da alma, a uma total insensibilidade às agitações das paixões, ou a uma purificação que assegura a salvação após a morte e a imortalidade bem-aventurada”. Daí porque Foucault afirma que toda ação moral importa, para além de uma relação a um código (exterior, decorrente de relações de poder) uma “relação a si”, que não é apenas uma “consciência de si, mas constituição de si enquanto “sujeito moral” (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 28) Não se pode deixar de notar, todavia, que essa constituição de si também pode ser conduzida por um conjunto de discursos que “pré-constituem” o sujeito que “constituiria a si” na prática moral. Assim, em um cotejo lógico do Foucault da genealogia do poder com o Foucault do uso dos prazeres, a própria auto-constituição pode desembocar na reprodução de discursos de poder prévios à ação moral particular..

¹¹² Para Delruelle: “L'autonomie du sujet est en fait identifiée a fonctionnalité biologique et psychologique. Comme si être un sujet autonome, ce n'était pas aussi faire l'épreuve de ses propres limites, expérimenter des formes de vie qui ne sont pas dans la “norme” – sanitaire, sexuelle, alimentaire, etc. DELRUELLE, Edouard. **Métamorphoses du sujet: L'Étique philologique de Socrate à Foucault**. Bruxelles: de Boeck, 2004, p. 311-312. Uma reflexão possível seria a de que, como corolário da concepção foucaultiana de auto-constituição do sujeito, residiria a idéia de que o lugar da auto-constituição (e, portanto, da autonomia) estaria na insubordinação às redes de poder que permeiam o institucionalizado - que não se confunde, cabe ressaltar, com o juridicizado em um plano formal nem , tampouco, com aquilo que integra ou parte do Estado. Comportamentos, modelos, valores são institucionalizados no âmbito das redes de relações travadas na sociedade, e que podem ser compreendidos como resultantes de um discurso que engendra relações de poder a impor tais comportamentos, modelos, etc

¹¹³ Foucault expressamente nega a liberdade da “sujeição voluntária” (a que se refere, por exemplo, Locke, ao dissertar sobre a “servidão voluntária”), afirmando que a intransigência da

A historicidade da liberdade, como se percebe, também se apresenta no âmbito da historicidade dos discursos: não se trata de uma liberdade abstrata como universal decorrente da condição de sujeito racional. É uma liberdade exercida “em concreto”, na resistência à sujeição – cujas formas são historicamente constituídas no âmbito dos discursos. Não é a liberdade que forjaria a história, mas é a história que define a concretude do exercício dessa liberdade como insubordinação, resistência, combate.

Percebe-se, daí, que a liberdade tomada pelas vertentes do pensamento liberal como o reverso do poder é substancialmente diversa da liberdade no pensamento foucaultiano (entendendo-se o poder, como se observa, de forma também bastante diversa daquela que é referida por Foucault). Com efeito, pode-se afirmar que, para o liberalismo, onde há exercício de coerção não há liberdade (embora a coerção legítima seja apenas aquela que visa a assegurar alguma liberdade), que reside, precisamente, naquilo que não é objeto de proibição.

Em Foucault, não se trata da noção de liberdade negativa, mas, precisamente, na possibilidade de resistir à proibição. Não se trata de ver as relações humanas como centradas na pretensão de imposição de coerção mínima, mas compreendê-las como constituídas pelos discursos de poder (que, ressalte-se mais uma vez, não se confundem com o poder estatal). Não é uma liberdade tomada em termos puramente ideais, mas, sim, uma liberdade dotada de feição definida, porque direcionada a um objeto de combate (discurso de poder) concretamente definido. Assim, se a constituição do sujeito não se dá, *a priori*, por meio do exercício da liberdade, pode ele encontrar espaço de auto-constituição na resistência.

Não se pode, todavia, deixar de formular ponderações a respeito dessa liberdade como resistência. Uma questão pode residir na impossibilidade de limitação do conceito de liberdade a essa noção de insubordinação. Isso se deve ao fato de que a inexorável e permanente existência de discursos de poder faz com que o exercício dessa insubordinação transforme a liberdade (ou, quando menos, seu

liberdade estaria em um “agonismo” (ou seja, em um combate), como “provocação permanente”, situada no próprio centro da relação de poder. FOUCAULT, M. Sujeito e Poder, p. 244-245.

exercício) em um combate permanente.¹¹⁴ Ocorre que essa concepção parece pressupor um caráter perverso em todo discurso de poder. Todo exercício de poder acabaria sendo, sob essa perspectiva, fonte de sujeição e, portanto, não seria autônomo aquele que opta por sujeitar-se a esse discurso.

Mas e se a resistência de muitos lograr êxito no forjar de um novo discurso, que ocupa o lugar do anteriormente combatido e instituir, ela própria, novas relações (e, sobretudo, novos discursos) coerentes com o sentido inicial daquela resistência, poder-se-ia ponderar se não seria livre aquele que continua a se comportar por meio das condutas que outrora eram de insubordinação e que, hoje, se integram ao discurso da “normalidade”.

Se a inserção, no âmbito dos discursos sobre a “normalidade”, de comportamentos outrora reputados “anormais” afastar o sentido de insubordinação desses comportamentos, seria sua prática, daí em diante, afirmação de sujeição? Se a resposta for positiva, então a liberdade em Foucault poderia se mostrar como conceito insuficiente, que transformaria ela própria (a liberdade) na sujeição a um discurso de poder: o discurso da insubordinação. Seria um sujeito livre, à luz desse discurso, aquele que combate o *status quo*.

O próprio Michel Foucault traz indicações de que a resposta a essa questão seria negativa, sobretudo quando afirma que a orientação estratégica de pontos de resistência (e, portanto, de exercício de liberdade) torna possível uma revolução.¹¹⁵ Ocorre que a revolução institui novos discursos (ou seria melhor dizer “se” institui em novos discursos) e, com eles, novas correlações de forças e, por conseguinte, novas relações de poder.

Assim, se a resposta for mesmo negativa (como tudo parece indicar), a possível insuficiência dessa liberdade como insubmissão transpareceria por outro lado: se o agir conforme o novo “normalizado” que se incorpora aos discursos (ou os revoluciona) for, também, exercício de liberdade, então a liberdade não se resumiria à insubordinação. E, portanto, não poderia ser apenas a insubmissão ao poder, já que este admitiria como “normal” a espécie de conduta que se opta por praticar.

¹¹⁴ Nada obstante Foucault chegue a afirmar que as resistências não seriam apenas um subproduto do poder, como um reverso inteiramente passivo “fadado à infinita derrota”. **História da Sexualidade: a vontade de saber**, p. 91.

¹¹⁵ FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**, p. 92.

De qualquer sorte, a compreensão da liberdade no pensamento do autor, que depende, para isso, de um “cuidado de si”, que torne o sujeito apto a essa resistência, revela como a compreensão filosófica acerca da liberdade pode ultrapassar a dimensão formal e, por vezes, não-histórica, a que algumas das concepções anteriormente explicitadas parecem conduzir. Trata-se do reconhecimento de que tanto liberdade como o seu exercício dependem de condições objetivas, concretamente definidas.

Trata-se de concepção crítica acerca da liberdade, que fere de modo contundente as bases teóricas sobre as quais, no direito, acabou por se erigir a autonomia privada tal como tradicionalmente concebida.

Ao mesmo tempo em que nega a liberdade do sujeito sujeitado, abre espaços de auto-constituição, seja no cuidado de si (propriamente dito) seja nas possibilidades de insubmissão que esse mesmo cuidado de si pode ensejar. Não se trata de uma auto-constituição plena, como o sujeito abstrato (que, a rigor, é o sujeito de direito das codificações¹¹⁶), mas, sim, de espaços limitados de liberdade, que, todavia, podem se apresentar como relevantes.

É, pois, no cotejo entre concepções abstratas de liberdade e a apreensão da liberdade em sentido concreto, como efetividade, que se centrará a parte final desse exame das diversas compreensões possíveis acerca da liberdade.

1.5 LIBERDADE “FORMAL” E LIBERDADE “SUBSTANCIAL”: OU, “LIBERDADE COMO ABSTRAÇÃO” E “LIBERDADE COMO EFETIVIDADE”

Os conceitos sobre os quais se irá versar nesta seção são essenciais à tese que se está a desenvolver. A rigor, tão relevante quanto a polêmica distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva é a análise da liberdade formal e da liberdade substancial (ou, como também se denominará ao longo da tese, “liberdade como abstração” e “liberdade como efetividade”).

Se a liberdade positiva e a liberdade negativa podiam coexistir nas concepções tradicionais sobre a autonomia privada, o mesmo não se pode afirmar

¹¹⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

acerca da liberdade como abstração e da liberdade como efetividade. A rigor, é possível afirmar, desde logo, que o perfil mais marcante da autonomia privada era o de liberdade como abstração (o que, aliás, é bastante coerente como o ambiente que historicamente constitui seu espaço privilegiado, que é a propriedade privada abstrata, na feliz análise levada a efeito por Paolo Grossi¹¹⁷).

Trata-se da liberdade assegurada formalmente, da qual, em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício.

Por liberdade como efetividade pode-se entender, a seu turno, na esteira do pensamento de Amartya Sen, a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades¹¹⁸.

Pode-se afirmar que esse conceito incorpora, no âmbito da própria liberdade, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. Restrições materiais que eliminam concretamente as escolhas possíveis – ainda que, em tese tais escolhas não sejam vedadas e seus efeitos reconhecidos e protegidos – limitam liberdade efetiva.

O debate sobre a possibilidade de se cogitar de uma liberdade substancial (ou liberdade como efetividade) será examinado tomando por base, sobretudo, as obras de Amartya Sen (notadamente “Desenvolvimento como Liberdade”¹¹⁹ e “Desigualdade reexaminada”¹²⁰) e Sygmunt Baumann (“Em busca da Política”¹²¹) como autores que permitem afirmar a existência desse perfil da liberdade, John Rawls¹²² como pensadores que entendem que, a rigor, o que se denomina de liberdade substancial seria apenas o conjunto de condições concretas para o exercício da liberdade, que não se confundiriam com a *vera e propria* liberdade, e

¹¹⁷ GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. **História da Propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

¹¹⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

¹¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹²⁰ SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

¹²¹ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

¹²² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Friedrich von Hayek como autor que sustenta uma incondicional (e expressamente dogmática) primazia de um conceito formal e negativo de liberdade¹²³.

A liberdade como efetividade será noção central para a compreensão do que se sustentará na tese como repercussão possível da função como liberdade(s) nas relações travadas na seara do contrato, da família e da propriedade.

Amarthya Sen define a liberdade efetiva (ou liberdade substancial, conforme a tradução corrente no Brasil) como o conjunto capacitatório que oferece a possibilidade real de fazer aquilo que se valoriza¹²⁴.

Nas palavras de Amarthya Sen:

*“se os funcionamentos realizados constituem o bem-estar de uma pessoa, então a capacidade para realizar funcionamentos (i.e. todas as combinações alternativas de funcionamentos que uma pessoa pode escolher ter) constituirá a liberdade dessa pessoa – as reais oportunidades – de ter bem-estar”.*¹²⁵

Inerente à noção de liberdade substancial, *rectius*, efetiva é, como se observa, o conceito de capacidade, ou seja, o conjunto de “combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível”¹²⁶. Por “funcionamentos”, a seu turno, deve-se entender “o conjunto de coisas que alguém pode reputar como valioso fazer ou ter”.¹²⁷

O conjunto de funcionamentos que uma pessoa consegue realizar compõe o seu conjunto capacitatório, ou seja, a capacidade de alguém é medida pelos funcionamentos que ela pode realizar efetivamente. Assim, tão maior será a liberdade efetiva de uma pessoa quanto maior for o seu conjunto capacitatório.

Como se observa, há grande diferença em relação a um sentido formal e negativo de liberdade. Neste último sentido, tão maior será a liberdade quão menor

¹²³ HAYEK, Friedrich von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 6.

¹²⁴ SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

¹²⁵ SEN, Amarthya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 40 (tradução nossa).

¹²⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, p. 95.

¹²⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, p. 95.

for a coerção à qual o indivíduo é submetido. Em termos jurídicos, tão maior seria a liberdade quão menores as restrições legais.

Tratando-se de liberdade efetiva, porém, alguém pode ter formalmente assegurado um amplíssimo espaço de liberdade negativa, mas ter um gravíssimo déficit de liberdade se não tiver um considerável conjunto capacitatório. Alguém que formalmente pode escolher entre alimentar-se ou não é livre se não conseguir realizar o funcionamento pertinente a alimentar-se. Tem opções formais, mas não as tem no âmbito material, efetivo.

A liberdade não se confunde nem com os bens nem com a renda. Estes podem ensejar a realização de funcionamentos em maior ou menor extensão conforme o contexto social em que a pessoa está inserida e, mesmo, suas condições individuais. Como explica Sen:

Isso não tem por objetivo negar que a privação de capacidades individuais pode estar fortemente relacionada a um baixo nível de renda, relação que se dá em via de mão dupla: (1) o baixo nível de renda pode ser uma razão fundamental de analfabetismo e más condições de saúde, além de fome e subnutrição; e (2) inversamente, melhor educação e saúde ajudam a auferir rendas mais elevadas. (...) De fato, precisamente porque as privações de renda e as privações de capacidade com frequência apresentam consideráveis encadeamentos correlatos, é importante não cairmos na ilusão de pensar que levar em conta as primeiras de algum modo nos dirá alguma coisa sobre as segundas. (...) Se a nossa atenção for desviada de uma concentração exclusiva sobre a pobreza de renda para a idéia mais inclusiva da privação de capacidade, poderemos entender melhor a pobreza das vidas e liberdades humanas com uma base informacional diferente.¹²⁸

De modo diverso do pensamento de Sen, há tanto entre liberais-igualitários quanto entre liberais que supõem relação de oposição entre igualdade e liberdade uma compreensão formal de liberdade, que não contempla em seu conceito as possibilidades concretas de realizar – ou mesmo de optar por – funcionamentos. A liberdade negativa sustentada por Hayek pode ser pensada, nesse sentido, como uma liberdade formal, assim como também a liberdade desenvolvida no pensamento de John Rawls.

¹²⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**, p. 34.

Um cotejo crítico entre as concepções desses dois últimos autores e, também, entre estes e Sen pode ser um interessante instrumento de compreensão da relação entre liberdade formal/abstrata e liberdade substancial/efetiva.

Principie-se pelo pensamento de John Rawls.

A compreensão da liberdade na doutrina desse autor depende de uma prévia explicitação acerca das linhas gerais da sua teoria da justiça.

Uma das preocupações fundamentais de Rawls na construção de uma teoria da justiça foi, explicitamente, a de identificar um fundamento hábil à crítica de uma concepção utilitarista sobre o direito e as demais instituições sociais.

Sustenta Rawls que o conceito de utilidade tomado como necessário à compreensão de uma sociedade teleologicamente direcionada à produção de um dado patamar global de bem estar – em que o objetivo é a maximização global de benefícios mesmo à custa da violação da liberdade de alguns indivíduos e da equidade - não se mostra aceitável, uma vez que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar”.¹²⁹ A liberdade, assim, ocupa centralidade nessa teoria da justiça.

A Teoria da Justiça de Rawls parte de uma concepção abstrata neocontratualista¹³⁰, na qual sustenta que a compreensão da justiça depende da pressuposição de um consenso original de um conjunto de indivíduos postos em uma dada posição de igualdade.

Esse autor entende a justiça como eqüidade. Isso significa que o conceito de justiça se definiria “pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e

¹²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

¹³⁰ Embora o autor a identifique como uma teoria política, e não como metafísica. A esse respeito, “A Teoria da Justiça como equidade: uma teoria política e não metafísica” In: **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Rawls distingue uma concepção abstrata (a qual afirma expressamente no início de sua Teoria da Justiça (p. 12) de uma concepção metafísica, na medida que afirma ser a denominada posição original e o “véu de ignorância” procedimentos de apresentação, não pressupondo qualquer espécie de precedência ontológica do eu aos fatos referentes aos indivíduos que se encontrariam nessa posição original (os quais devem ser por eles desconhecidos para que, consensualmente, possam deliberar a respeito dos princípios básicos de ordenação de uma sociedade fundada na eqüidade) (**Justiça e Democracia**, p. 223). Não se trata, portanto, propriamente, de cogitar de um “estado de natureza”, como em Hobbes ou Locke: trata-se de buscar o justo mediante um procedimento de abstração em que se deve analisar o que indivíduos racionais e colocados sob um “véu de ignorância” deliberariam para a organização de uma sociedade.

deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais”.¹³¹

Esses princípios seriam aqueles definidos por pessoas livre e racionais que, “preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”.¹³²

Tal definição eqüitativa pressupõe a inserção ideal dos indivíduos na denominada posição original. Sustenta Rawls que esses indivíduos chegariam a um consenso segundo o qual a sociedade deveria ser ordenada por meio de um conjunto de liberdades iguais, que teriam prioridade sobre outros bens ou interesses, encobertos por um véu de ignorância. Para a adequada compreensão dessa concepção, cabe analisar circunstanciadamente os conceitos de “posição original” e de “véu de ignorância”.¹³³

Aponta, então, que essa concepção de justiça seria mais vantajosa em relação à noção de utilidade, na medida em que esta (a utilidade) seria “incompatível com uma concepção da cooperação social entre iguais para vantagem mútua”.¹³⁴

Passa, então, o autor, a discorrer sobre quais seriam os princípios da justiça que seriam, nessa posição original, eleitos pelos indivíduos sob o véu de ignorância. Transcreve-se, a seguir, a conformação final que Rawls oferece a esses princípios, de modo a propiciar, em seguida, sua adequada explicitação:

¹³¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 11.

¹³² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 12.

¹³³ Por posição original, entende Rawls a situação ideal – e, por isso, abstrata - em que os indivíduos deliberam sobre os princípios da justiça que devem reger uma sociedade desconhecendo as posições que ocuparão nessa mesma sociedade. Assim, ao formarem o referido consenso, buscarão eleger princípios que não impliquem excessiva vantagem ou desvantagem a quem quer que seja, uma vez que os indivíduos desconhecem os interesses particulares pertinentes aos papéis que ocuparão na sociedade. Eis o sentido do véu de ignorância como apto a garantir que “ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais”. É ele que, no entender de Rawls, propicia um consenso que permite a eleição de princípios de uma justiça como eqüidade, uma vez que os indivíduos se situam em uma posição original de igualdade. Assim, a posição inicial “é entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe o “status” social e ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes”. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 13.

¹³⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 16.

(1) Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos.

(2) As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam maior o benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.¹³⁵

Em um primeiro momento, caber ater a atenção sobre o primeiro princípio, já que Rawls aponta que a este se aplica uma regra de prioridade em relação ao segundo. Vale dizer, nos termos da primeira regra de prioridade enunciada pelo autor, que “os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade”.¹³⁶ É precisamente aqui que residirá o ponto de dissonância mais relevante entre o conceito de liberdade em Rawls e a denominada liberdade substancial, como se verá logo a seguir.

Haveria para Rawls uma prioridade da liberdade (ou, quiçá seria melhor dizer, com fidelidade às pretensões de Rawls, às liberdades). A adequada compreensão dessa prioridade depende, porém, de instância prévia que consiste em definir o que é a liberdade a que se refere John Rawls. Ressalte-se, desde logo, que não se trata da liberdade como efetividade, mas, sim, de liberdade pensada em termos formais.

Nada obstante em alguns momentos de sua Teoria da Justiça Rawls se refira à liberdade sem uma maior precisão a respeito de a que noção sobre esse conceito estaria a se reportar, fazendo parecer que a conceberia também como um conceito genérico e abstrato – que, por isso, emergiria inexoravelmente na seara do indefinível, possuindo caráter eminentemente polissêmico (e de pouca utilidade como categoria definidora de uma teoria da justiça) –, pode-se afirmar que a liberdade de que ele trata deve, na verdade, ser tomada como um conjunto de liberdades específicas, a que denomina liberdades básicas.¹³⁷

¹³⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 333.

¹³⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 333.

¹³⁷ Rawls esclarece esse ponto ao responder a observações de Hart a respeito da Teoria da Justiça: Não se atribui prioridade alguma à liberdade como tal; se assim fosse, o exercício de uma

Pode-se dizer que as liberdades às quais Rawls dota do atributo da primazia são aquelas sobre as quais devem incidir as garantias fundamentais na ordenação de uma sociedade fundada na justiça como eqüidade.

Cabe atentar que Rawls rechaça a afirmativa de que tais liberdades, desde a posição original, seriam direitos naturais – como afirma Dworkin na crítica a Rawls¹³⁸ - já que na posição original os indivíduos iguais partem de certas idéias “intuitivas” e “fundamentais”, que não se confundem com os direitos, os quais não seriam os fundamentos da justiça, mas, sim, elementos dessa concepção idealizada sobre a justiça.¹³⁹

Embora à luz do pensamento do autor a identificação não seja possível, não se pode deixar de notar que a concepção de liberdades básicas adotada por Rawls propicia evidente aproximação com a noção de direitos e garantias fundamentais, como se pode observar de sua enumeração:

*As mais importantes entre elas são a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias.*¹⁴⁰

Como se vê, a primazia da liberdade em Rawls não pode ser reputada como equivalente à liberdade como dogma em Hayek, que será objeto de cotejo crítico mais adiante.

coisa chamada “liberdade” teria um valor preeminente e seria a meta principal, se não a única da justiça social e política. Existe, sem dúvida, uma presunção geral contra o fato de se impor, sem razão válida, restrições legais ou de outro tipo ao comportamento. Mas essa presunção não acarreta nenhuma prioridade particular para qualquer forma de liberdade. (RAWLS, John. As liberdades básicas e sua prioridade. In: **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 145).

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 160.

¹³⁹ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, p. 222.

¹⁴⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 65. É interessante notar que, nessa formulação, Rawls insere a propriedade como uma liberdade básica, o que não faz expressamente em seu artigo posterior “As Liberdades básicas e sua prioridade”, no qual limita-se a afirmar a primazia dos “direitos e liberdades protegidos pelo Estado de direito”. Cabe notar, por oportuno, que essa passagem do artigo sobre as liberdades básicas propicia, efetivamente, a aproximação aqui sustentada das liberdades eleitas na posição inicial com a noção de direitos e de garantias fundamentais.

Tem-se, assim, como formulação mais adequada do sentido da prioridade, que esta incide não sobre a “liberdade como tal”, mas, sim, sobre as denominadas liberdades básicas. Estas, sem embargos, são pensadas em termos formais, ou seja, liberdades abstratamente asseguradas a partir da lógica de primazia que informa sua teoria da justiça.

A eleição de Rawls pode, como se percebe desde logo, se sujeitar a críticas. Não contempla o autor como liberdades básicas aquelas que se referem à própria subsistência e à obtenção de meios para uma existência digna. Isso se deve ao fato de que as privações pertinentes às condições básicas de subsistência não são reputadas por Rawls como restrições à liberdade, embora reconheça que esses meios se inserem no que denomina “bens primários”, como “renda e riqueza”.¹⁴¹

Releva, pois, neste momento, avaliar o modo como Rawls afirma a primazia das liberdades básicas que enumera. Define o autor duas regras de prioridade, que devem ser tomadas sob uma perspectiva processual. Vale dizer: são definidas previamente¹⁴², mediante o consenso da posição original, e devem ser aplicadas independentemente dos resultados que vierem a ensejar.

Isso porque a justiça distributiva assegurada pelos princípios da justiça e por essas regras de prioridade se define a partir da conformação das instituições a essa noção de justo, e não aos resultados da distribuição de recursos e benefícios daí decorrente.

Assim Rawls enuncia as regras de prioridade:

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade):

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos:

(a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;

¹⁴¹ Não reputa, assim, como liberdades básicas, o que pode ser denominado como “liberdades substanciais básicas”, na esteira de autores como Amartya Sen. Esse tema será, todavia, objeto de exame específico a ser levado a efeito ao final desta análise crítica sobre a liberdade em Rawls.

¹⁴² A referência a “previamente”, por óbvio, se apresenta a uma antecedência no plano lógico, na medida que a posição original de Rawls é um instrumento metodológico.

(b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade eqüitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

(a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;

(b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.¹⁴³

Essas regras de prioridade visam, assim, assegurar a maior igualdade possível na distribuição das liberdades básicas e, ainda, definir regras procedimentais puras para que possa ocorrer a distribuição de oportunidades de acesso e valorização dessas liberdades.

Assim, somente a liberdade legitimaria a restrição a outra liberdade, bem como as desigualdades de oportunidades somente se justificam para maximizar oportunidades aos “menos favorecidos”.¹⁴⁴

Essa distribuição de liberdades e de oportunidades não segue inclinações individuais, objetivos específicos, aspirações pessoais, mas, sim, interesses objeto de consenso na posição original, e se efetiva mediante procedimentos que também são objeto desse consenso, os quais, inclusive, devem limitar as expectativas legítimas dos indivíduos a respeito da distribuição de benefícios na ordem social.

Explicitado, em linhas gerais, o esquema básico que informa a Teoria de Justiça em Rawls, bem como sua concepção a respeito da liberdade, mostra-se pertinente cogitar de uma análise dialética desses postulados, sobretudo, por evidente, no que tange ao sentido a ser atribuído à liberdade.

Essa análise ocorrerá em dois momentos: um primeiro, em cotejo com a compreensão de Hayek sobre a liberdade; em um segundo momento, na crítica que se pode formular à exclusão da liberdade como efetividade do âmbito de relevância

¹⁴³ RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**, p. 334.

¹⁴⁴ Nesse mesmo sentido, vem a leitura de VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 102-103.

das denominadas liberdade básicas – e, mesmo, de sua exclusão do conceito de liberdade.

Principie-se, pois, com o exame da relação possível entre o pensamento de Rawls e as teses de Hayek. Trata-se de análise reveladora de pontos comuns às compreensões Liberais (em especial o entendimento de que a liberdade é, por excelência, tomada em termos formais), mas que, ao mesmo tempo, permite aferir considerável distanciamento entre correntes dessa vertente de pensamento. Com efeito, a referência ao Liberalismo não implica, como se sabe, uma unicidade de sentido a respeito do conceito de liberdade adotado por aqueles que se declaram filiados a essa vertente do pensamento Moderno.

Ainda que haja elementos comuns a identificá-los, há traços diferenciadores marcantes, sobretudo a respeito do modo como se vê a liberdade.

Hayek, reputando a si próprio como um herdeiro da “verdadeira” tradição liberal, chega a fazer referência aos “falsos liberais”, que obrigam os “verdadeiros liberais” a realizarem em seus países alianças com os conservadores.¹⁴⁵

Não se pretende, aqui, por evidente, um esgotamento da análise crítica das concepções dos liberais em cotejo com o pensamento de Rawls. O que aqui se pretende é, por meio da eleição de um autor específico, realizar exame e que avulsem semelhanças e distinções em relação à concepção de Rawls acima explicitada.

A eleição aqui realizada não é dotada de caráter arbitrário, nem é aleatória. Opta-se pela análise conjunta de Rawls e de Friedrich von Hayek em virtude da identificação de elementos no pensamento desse último autor que propiciam um juízo de pertinência com o que se examinou até aqui, e que pode tornar fértil um cotejo crítico, ainda que não exauriente.

O próprio Hayek afirma, como se verá a seguir, (perturbadora) semelhança entre suas teses sobre a justiça e a liberdade e aquilo que é defendido por John Rawls em sua teoria da justiça.

Hayek, demais disso, busca construir uma teoria a respeito da conduta justa

¹⁴⁵ HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. (prefácio) Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1987, p. 14;

em uma “sociedade aberta”, como a denomina Popper¹⁴⁶ fundada em uma ordem espontânea. Trata-se de concepção de justiça que, na perspectiva¹⁴⁷ das disparidades e semelhanças em relação ao que sustenta Rawls, merece atenta análise crítica.

Pode ser útil, para esse intento, examinar, em linhas gerais, a concepção de justiça sustentada por Hayek em *Direito, Legislação e Liberdade*.¹⁴⁸ Embora o tema do presente trabalho seja a liberdade, e não a justiça, não há, no pensamento de Hayek, como pensar nesses conceitos de modo isolado.

Hayek sustenta que a sociedade se rege por uma ordem espontânea, que consiste no conjunto das ações dos indivíduos e das organizações. Essa ordem seria fundada em um dogma, cuja preservação deve, para o autor, se dar a qualquer custo: o dogma da liberdade.

O direito – que não se confunde com a lei, embora esta deva nele se basear, no dizer o autor – deve dizer respeito à definição de “normas de conduta justa” que permitem assegurar a liberdade dos indivíduos na sociedade.

Tais normas não poderiam se referir a objetivos concretos – como uma justiça distributiva, por exemplo – mas deveriam ser normas gerais, abstratas, uma vez que a definição de objetivos específicos além de não implicar necessariamente os efeitos pretendidos – haja vista a imponderabilidade dos efeitos das condutas em uma ordem espontânea – implicaria ilegítimas coerção e violação do dogma da liberdade.

A justiça, assim, se daria por meio da observância de princípios gerais direcionados às condutas individuais, e não por meio de uma avaliação de resultados – como a distribuição de benefícios em uma sociedade.

Esses pressupostos fundamentais, expressos no primeiro volume de “*Direito Legislação e Liberdade*”, podem, em uma primeira vista, se assemelhar ao que Rawls sustenta como sua concepção de justiça – e, de fato, há pontos de contato relevantes, ainda que uma pretensa identidade possa ser reputada como ilusória.

¹⁴⁶ POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 1. São Paulo: Itatiaia, 1987.

¹⁴⁷ A crítica a Hayek, por evidente, não se reduz a essa perspectiva. Trata-se todavia, do fio condutor pertinente ao presente trabalho, de modo que o exame aqui levado efeito e ele se limitará.

¹⁴⁸ *Direito Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. 3 volumes. São Paulo: Visão, 1985.

O próprio Hayek identifica na Teoria de Justiça de Rawls postulados que seriam, a seu ver, compatíveis, senão idênticos àqueles que ele próprio sustenta:

(...) após cuidadosa reflexão, concluí que o que poderia ter a dizer sobre 'Uma teoria da justiça' (1972) de John Rawls, não seria de nenhuma valia na busca de meu objetivo imediato, visto que as divergências entre nós pareciam mais de terminologia do que de conteúdo. Embora a primeira impressão do leitor possa ser diferente, a afirmação de Rawls que cito mais adiante neste volume (p. 122)¹⁴⁹ parece-me mostrar que ambos concordamos no que é, para mim, o ponto essencial. Na verdade, como indiquei numa nota referente a essa passagem, parece-me que Rawls foi em geral mal compreendido quanto a essa questão central.¹⁵⁰

Com efeito, em um primeiro momento, pode-se dizer que ambos avaliam a justiça a partir de princípios fundamentais, e não a partir de resultados concretos (como faz o utilitarismo).

Ambos oferecem dada primazia à liberdade – Hayek, reitera-se, a afirma como dogma. Ambos, também, asseveram que somente a liberdade pode restringir a liberdade. Do mesmo modo, ambos sustentam que a liberdade antecede o direito, além de partirem de concepções derivadas do indivíduo.

Há, todavia, algumas diferenças centrais que fazem com que as concepções de justiça em Rawls e Hayek possam ser reputadas diversas. Algumas dessas distinções são mais sutis (ainda que relevantes), outras mais explícitas, como se verá a seguir.

A rigor, as diferenças entre as concepções de justiça desses autores têm na base o objeto central de análise nesta seção: a relevância que eles atribuem às condições para o exercício da liberdade formal – e que podem ser reputadas, no

¹⁴⁹ Trata-se da concepção explicitada por Rawls em “Constitutional liberty and the concept of justice”, na qual afirma que, se os princípios ordenadores das instituições são justos, a distribuição de benefícios delas decorrentes, “seja qual for”, também será, quando menos, não injusta. O exame das afirmações de Rawls no prefácio de “Justiça e Democracia” revela, todavia, um certo distanciamento entre o pensamento de Rawls sobre esse ponto e aquilo que é sustentado por Hayek. Pode-se adiantar, porém, que, para Rawls, se as instituições são justas em uma “sociedade bem-ordenada”, a distribuição de bens primários (entre os quais, a riqueza) também deverá sê-lo, à luz do segundo princípio da justiça (ainda que sob uma ótica procedimental pura). A noção de “oportunidade” em Hayek e em Rawls não é idêntica, pelo que não serão idênticas as conclusões a respeito da justiça da distribuição de benefícios.

¹⁵⁰ HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade: a miragem da justiça social**. Vol. II. (prefácio), p. XIII.

pensamento de Sen, como integrantes do próprio conceito de liberdade, como liberdades efetivas.

Principie-se pela noção de liberdade. Hayek, em “Os fundamentos da liberdade”, define a liberdade como um conceito genérico que se subsume à “ausência de coerção”, tomando por coerção a situação em que as ações humanas são realizadas para servir à vontade de outros homens, não pela própria vontade de quem age, mas atendendo aos propósitos de outrem.¹⁵¹ Assim, cada indivíduo deve ser livre para “utilizar seus conhecimentos em busca de seus próprios fins”¹⁵².

É esse o conceito do qual ele parte para a definição da liberdade como dogma em seu “Direito, Legislação e Liberdade”. Trata-se de uma liberdade que também pode ser pensada como liberdade formalmente assegurada.

Trata-se da “liberdade como tal”, rechaçada por Rawls em “As liberdades básicas e sua prioridade”¹⁵³, a partir das observações de Hart. A primazia em Rawls, não é, assim, à liberdade como ausência de coerção, mas, sim, a dadas liberdades básicas, o que se distingue da “utopia” a que se refere Hayek, em que o “valor maior da liberdade repousa sobre as oportunidades de ações imprevistas e imprevisíveis que ela oferece”, sendo ela o mote principal para a construção de uma “sociedade livre” estruturada sob uma “ordem espontânea efetiva”.¹⁵⁴

Assim, os objetos de primazia na teoria da justiça em Rawls e na ordem espontânea são diversos.

Uma segunda diferença – ainda que pontual - pode ser identificada no próprio lugar em que se situa a justiça se diferencia em Hayek e Rawls. Muito embora Hayek afirme que a possibilidade de constituição de uma ordem definível apenas por características abstratas somente se dá por conta da imprevisibilidade dos resultados particulares dessa ordem (como o véu de ignorância de Rawls) e que somente por essa imprevisibilidade seria possível o consenso sobre “normas que servem de meios comuns para uma variedade de propósitos”¹⁵⁵ (como ocorre na

¹⁵¹ HAYEK, F. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 4.

¹⁵² HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade: normas e ordem**. vol I, p. 61.

¹⁵³ RAWLS, John. As liberdades básicas e sua prioridade. In: _____. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 146.

¹⁵⁴ HAYEK, F. **Direito, Legislação e Liberdade: Normas e Ordem**, vol. I, p. 72.

¹⁵⁵ HAYEK, F. **Direito, Legislação e Liberdade: a miragem da justiça social**. vol. II, p. 4.

posição original em Rawls), o justo em Hayek se situa no âmbito das condutas e não, propriamente, das instituições.

Embora pareça não negar a pertinência de se discutir a justiça ou a injustiça das instituições (desde que à luz da liberdade como dogma), centra-se Hayek, explicitamente, na idéia de que “só a conduta humana pode ser justa ou injusta”¹⁵⁶ (embora, mais adiante, se refira também às “normas que a governam”). Uma situação factual, assim, não pode ser justa ou injusta (daí não se poder qualificar como tais, para Hayek, os resultados da conduta).¹⁵⁷ Assim, as normas de conduta justa seriam proibições de conduta injusta, sendo esporádicas normas positivas de conduta justa.¹⁵⁸

Rawls, por sua vez, embora rechace a avaliação global de resultados do utilitarismo, enxerga a justiça na perspectiva das instituições e, sobretudo, a perspectiva de análise de um dado esquema social. Vale dizer, trata-se de avaliar como um esquema social atribui “direitos e deveres fundamentais” e as “oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”.

Note-se que, se em Hayek, as oportunidades econômicas se atribuem por meio da igualdade perante a lei, fundada em regras de conduta justa à luz da liberdade como dogma (sendo que somente as “regras do jogo” podem ser justas ou injustas, jamais os seus resultados), em Rawls há expressa referência ao problema de uma dada justiça social (como admite, com certo desconforto, Hayek¹⁵⁹).

Ao fim e ao cabo, todavia, há que se reconhecer que mesmo essa “justiça social” a que se refere Rawls é puramente procedimental, ainda que se refira à possibilidade eventual de restrição a liberdades e a oportunidades em favor daqueles que menos favorecidos.

De qualquer sorte, em Hayek, justiça social é uma “contradição em termos”,

¹⁵⁶ HAYEK, F. **Direito, legislação e liberdade: a miragem da justiça social**. Vol. II., p. 36.

¹⁵⁷ Nessa toada, apenas para citar um exemplo de uma consequência lógica que pode derivar dessa afirmação, seria possível concluir, a partir de Hayek, que, em uma sociedade livre, estruturada sob uma ordem espontânea sob a égide de normas gerais e abstratas de conduta justa, o fato da existência de pessoas se situarem em condição de miséria não pode ser qualificado como injusto, pois essa classificação não faria sentido em tal contexto.

¹⁵⁸ HAYEK, F. **Direito, legislação e liberdade: a miragem da justiça social**. Vol. II, p. 40.

¹⁵⁹ HAYEK, F. **Direito, legislação e liberdade: a miragem da justiça social**. Vol. II, p. 122.

uma concessão em favor do oportunismo dos objetivos concretos a perturbar a ordem espontânea, prejudicar a liberdade individual e, por isso mesmo (no entender do autor), a produzir injustiça.

Para John Rawls, a justiça social depende da definição de princípios distributivos (na posição original) que se submetem à primazia das iguais liberdades mas, ao mesmo tempo, implicam a necessidade de que haja uma igualdade de oportunidades (que em Hayek é puramente formal), que pode ser mitigada para “aumentar as oportunidades daqueles que têm um oportunidade menor”. Consiste, porém, como já ressaltado, de algo que se define por meio de regras procedimentais.¹⁶⁰

Para Hayek, as oportunidades serão mais amplas quanto menor for a coerção,¹⁶¹ de modo que não se pode cogitar de incremento artificial das oportunidades daqueles menos favorecidos, para os quais resta apenas a caridade pública, mediante programas de renda mínima.¹⁶²

Observe-se que, se em Hayek, a liberdade é dogma e o único meio para se chegar à sociedade livre ou sociedade aberta, de modo que atuações visando a objetivos concretos constituem desvios que se põem em franca contradição com os princípios da ordem espontânea. “Ousar a utopia”¹⁶³ é dogmatizar a liberdade como tal.

Rawls admite que, quando as condições sociais não permitem o pleno

¹⁶⁰ Trata-se da segunda regra de prioridade da liberdade, em que se enuncia: “O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade eqüitativa de oportunidades é anterior ao princípio da eficiência. Existem dois casos: (a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor. (b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo”. Assim se enuncia o segundo princípio: “(2) As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam maior o benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades”. RAWLS, John. **Teoria da Justiça**, p. 333-334..

¹⁶¹ HAYEK, F. von. **O Caminho da Servidão**, p. 43.

¹⁶² É interessante notar que a renda mínima, por meio da caridade pública, é defendida por autores como Hayek e Friedman, desde que haja excedente de recursos (o que não se mostra possível em momentos de crise). Friedman, nada obstante, sustenta que isso causa “certo desgosto” para o “verdadeiro liberal”, para o qual a caridade deve ser sempre espontânea. FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. 177.

¹⁶³ HAYEK, Friedrich von. **Direito Legislação e Liberdade: A ordem política de um povo livre**. Vol. III. São Paulo: Visão, 1985.

estabelecimento dos direitos decorrentes das liberdades definidas como básicas na posição original, pode-se aceitar restrição a tais direitos. Espera-se que, assim, negando-se pontualmente as liberdades iguais, se possa chegar, ao devido tempo, ao que chama de “sociedade bem organizada”, de modo que “todos possam gozar dessas mesmas liberdades”.¹⁶⁴

Assim escreve Rawls:

*A realização desses interesses (os interesses das pessoas na posição original) pode exigir certas condições sociais e um grau de satisfação de necessidades e carências básicas, e isso explica porque a liberdade pode algumas vezes ser restringida. Mas uma vez que se atingem as condições sociais e o grau de satisfação de necessidades e carências materiais necessários, como acontece em uma sociedade bem organizada em circunstâncias favoráveis, os interesses de ordem superior passam a ser normativos.*¹⁶⁵

Embora se compreenda que essas mesmas restrições partiriam de um conjunto de princípios previamente definidos na posição original, como “regras do jogo”, a confirmar a perspectiva puramente procedimental da justiça distributiva em Rawls, parece razoável sustentar que essa concepção não se compatibilizaria sem dificuldades com os postulados de Hayek a respeito da liberdade.

Afinal, o equivalente em Hayek, à sociedade bem-organizada (a chamada sociedade livre ou aberta) não se obtém por meio de diferenciações de liberdade e oportunidades, mas, precisamente, por evitar qualquer “oportunismo”, ou seja, a qualquer ação visando a objetivos concretos. Afirmo o autor que o valor da liberdade reside precisamente nos seus efeitos imprevisíveis, de modo que uma ação que vise a objetivos específicos, além de nem sempre atingi-los, não saberá qual o efeito que ela está a impedir.¹⁶⁶

Condutas justas, para Hayek, consistem em ações que alguém deveria ou não deveria ter praticado, e jamais na definição da posição de determinada pessoa dentro da sociedade. A posição dos indivíduos, em uma ordem espontânea, é fruto

¹⁶⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 602.

¹⁶⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 604.

¹⁶⁶ HAYEK, Friedrich von. **The Principles of a Liberal Social Order**. Il Politico: Rivista di Scienze Politiche. Anno XXXI, n. 1, 1966, p. 607. (601-617)

das ações de vários outros indivíduos, não sendo legítimo, segundo Hayek, restringir a liberdade destes indivíduos com vista a alterar a posição que aqueles primeiros ocupam na sociedade.¹⁶⁷ Em suma, pode-se concluir que a desigualdade de liberdades ou de oportunidades, ainda que transitória, abstratamente definida em uma perspectiva procedimental e justificada pela necessidade de, mais adiante, obter-se as condições necessárias a uma sociedade bem-ordenada, parece ser de difícil compatibilização com o ideário de Friedrich von Hayek.

Impende notar, todavia, que é patente a insuficiência da concepção de Rawls acerca de justiça social, uma vez que ela pressupõe a viabilidade de se atingir essa denominada sociedade bem-ordenada.¹⁶⁸

Ocorre que essa sociedade bem-ordenada dependeria da aceitação, por todos, dos princípios da justiça defendidos por Rawls, bem como de suas regras de primazia, negando o pluralismo das doutrinas, que podem ser incompatíveis entre si. Isso se apresenta como contraditório com a própria liberdade de consciência que é princípio básico da Teoria da Justiça.

Tal circunstância é reconhecida por Rawls em seu prefácio à coletânea “Justiça e Democracia”:

*A existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si – o fato do pluralismo – prova que a idéia de uma sociedade bem-ordenada e governada pela teoria da justiça como equidade, no sentido de TJ, não é realista. (...) É por isso que a análise da estabilidade de uma sociedade bem-ordenada que eu propunha na terceira parte de TJ é igualmente irrealista.*¹⁶⁹

¹⁶⁷ HAYEK, Friedrich von. **Direito, legislação e liberdade: a miragem da justiça social**. Vol. II, p. 119.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, entendendo que a teoria de Rawls traz maiores potencialidades de realização de liberdade efetivas que a tese de Sen (à qual acusa de confundir liberdade efetiva com igualdade distributiva). VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 105.

¹⁶⁹ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. (prefácio) São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. X. Sem embargo disso, em “O Liberalismo Político”, Rawls afirma que embora o seu conceito de sociedade bem-ordenada (ainda mantendo como premissa que nessa sociedade “cada indivíduo aceita, e sabe que os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça”) seja “extremamente idealizado”, “qualquer concepção de justiça que não conseguir ordenar a contento uma democracia constitucional é inadequada enquanto concepção democrática”. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Atica, 2000, p. 79.

Ocorre que, se a estabilidade da sociedade bem-ordenada é uma quimera¹⁷⁰, a incidência dos princípios que implicam restrição à liberdade e às oportunidades visando a beneficiar aos menos favorecidos de exceção, se torna regra. Isso porque os “interesses de ordem superior” somente passam a ser normativos quando se atingem “as condições sociais e o grau de satisfação e carências materiais necessários, como acontece em uma sociedade bem-ordenada em circunstâncias favoráveis”.¹⁷¹

Essa decorrência afasta ainda mais Rawls do “utópico” Hayek, além de revelar a insuficiência de um sistema de liberdades apenas formais e de um mecanismo de justiça distributiva meramente procedimental.

Não se preconiza, aqui, por evidente, o descarte da justiça social, mas, simplesmente, identificar elementos que revelam a insuficiência da concepção de Rawls.

Nesse sentido, parece relevante, retomar um aspecto que, além de poder ser reputado uma relativa semelhança entre as noções de Rawls e de Hayek, denota, quando menos, uma grave insuficiência tanto na concepção justiça de Rawls como na sua própria definição acerca das liberdades básicas: trata-se do rechaçar da noção de liberdade substancial.¹⁷²

John Rawls, como anteriormente exposto, não reputa as privações decorrentes da pobreza como efetivas restrições à liberdade, na medida em que suas liberdades são tomadas sob uma perspectiva formal.

Não opera, portanto, com a categoria das “liberdades substanciais”. Tais liberdades substanciais, no dizer de Amartya Sen, antecedem o exercício das liberdades formais (a que se refere Rawls), pois são condições de possibilidade para o exercício destas últimas.

¹⁷⁰ Com efeito, essa análise realizada pelo próprio Rawls permite desvelar mais uma insuficiência da sua teoria: a desconsideração do conflito. A sociedade bem-ordenada seria apenas a sociedade da tolerância, ao passo que a realidade se mostra como movida pelo conflito de interesses de grupos e de indivíduos. A esse respeito, CARCOVA, Carlos Maria. **Justicia como equidad o sociedad como conflicto** (Una lectura crítica del liberalismo político). [s.l.], [s.d.].

¹⁷¹ RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**, p. 604.

¹⁷² A seu modo, Hayek também rechaça essa idéia, não a partir da noção de valor da liberdade mas, sim, a partir da afirmativa de que liberdade substancial nada mais seria do que outra forma de se falar em igualdade substancial, pretensão que designa de “socialista” e inimiga da liberdade.

A partir das definições antes oferecidas, percebe-se que podem tais funcionamentos consistir em situações muito diversas, desde as “elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de doenças evitáveis, a atividades ou estados pessoais muito complexos, como poder participar da vida da comunidade e ter respeito próprio”.¹⁷³

Aquele que tem a possibilidade concreta de realizar mais “funcionamentos” possui um conjunto capacitatório mais amplo, sendo, pois, mais livre em termos substanciais. Alguém pode ter asseguradas formalmente todas as liberdades básicas no sentido que lhes atribui Rawls, não podendo, porém, ser reputado materialmente livre, por não poder realizá-las ante seu limitado conjunto capacitatório.

Conforme exposto, Rawls também não subscreve essa ordem de idéias. Embora admita que a justiça social imponha um incremento das capacidades que maximize o valor da liberdade para os menos favorecidos, ao não reputar o conjunto capacitatório, ele próprio, como conjunto de liberdades substanciais básicas¹⁷⁴ (e, portanto, dotadas de primazia), Rawls parece sobrepor a liberdade meramente formal à efetiva satisfação de necessidades. A justificativa de que o “valor menor” da liberdade seria compensado pelo fato de que a capacidade dos “menos afortunados” seria ainda menor caso eles não aceitassem as desigualdades existentes sempre que o princípio da diferença fosse respeitado¹⁷⁵ é pouco convincente, pois leva à conclusão de que a passividade dos “menos afortunados” seria melhor para eles próprios do que uma postura de luta. Mais uma vez, aqui, a sociedade de Rawls se despe do conflito, forçando consensos.

Com efeito, a admissão de que os consensos da posição original não são factíveis em uma sociedade real, que tem como inerente o conflito, somada à admissão de liberdades que não são apenas definidas em uma seara de abstração

¹⁷³ SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 41. Tradução: SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

¹⁷⁴ Não se confundem, aqui, os bens básicos a que se refere Rawls com as liberdades substanciais básicas. Os bens são, efetivamente, condições para a liberdade. Mas, uma vez existentes em maior ou menor extensão, ocorre uma ampliação ou uma redução da liberdade efetiva. A extensão dos bens básicos necessários à liberdade efetiva se submete a fatores sociais e históricos, de modo que renda não pode ser reputada sinônimo de liberdade. SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 36.

¹⁷⁵ RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**, p. 221 - 222.

implicaria a necessidade de uma radical revisão dos postulados da Teoria da Justiça.

A consideração das liberdades substanciais como também dotadas de primazia, quando menos, subverte a Teoria da Justiça, na medida em que admite que a restrição às liberdades formais se justifica para o atendimento a liberdades substanciais. Isso faz com que o sentido da justiça distributiva, ainda que admita diferenciações de resultado nem se calcule pelo índice de “satisfação global”, pautese pela efetiva igualdade na satisfação, ao menos, das liberdades substanciais básicas – como aqueles pertinentes à manutenção de uma subsistência digna.

A promoção dessas liberdades substanciais pode implicar não apenas um juízo de justiça como um conceito negativo – ou seja, sendo as normas de conduta justa normas que exigem prestações negativas (como em Hayek), e não positivas -, mas, sim, como efetiva produção de meios para encetar essas liberdades.

Essas “condutas justas” de caráter positivo podem se impor não apenas na perspectiva das políticas públicas, mas, também, como deveres de conduta nas relações inter-privadas, situando-se no âmbito de uma possível colisão entre liberdades.

Observe-se que isso se pode assegurar sem que se negue a liberdade formal como integrante de um possível conceito plural de liberdade. Os conceitos não são mutuamente excludentes, embora possam concretamente entrar em colisão.

Na obra do já citado Sygmunt Bauman o tema da liberdade efetiva também ocupa lugar relevante. Após desvelar os limites e a insuficiência da liberdade negativa (nos termos explicitados anteriormente neste trabalho), Bauman reafirma a relevância da liberdade. Não, porém, como simples liberdade “privatizada”, mas, sim como liberdade que se exerce na ágora, entre o privado (oikos) e o público (eclesia).¹⁷⁶

Afirma o autor que a liberdade dos indivíduos somente existe “quando podem instituir uma sociedade que protege e promove sua liberdade”. Para isso, afirma Bauman, que “a tarefa na ordem do dia é fazer a ágora retomar a eclésia”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p. 93.

¹⁷⁷ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p. 112.

A ágora seria a esfera intermediária entre o público e o privado, espaço de constante tensão e luta, que, não raro, é atacado por uma ou pela outra seara. A tendência totalitária é a colonização da ágora pelo público, com a “aniquilação da esfera privada, do reino da autoconstituição e autodeterminação individuais”¹⁷⁸.

Aponta Bauman que, todavia, outro risco de igual relevância é o esvaziamento da ágora, com o deslocamento do lugar do poder do público para o privado. Não se necessita invadir a ágora, pois ela está esvaziada. Não há o lugar do embate, do exercício da liberdade política. O poder se torna “anônimo, seu lugar vazio”.¹⁷⁹

O poder se desloca da ágora e do próprio espaço público, eliminando a possibilidade de exercício de liberdade individual fora do restrito espaço das relações privadas, sobretudo no âmbito das relações de consumo.

O que Bauman propõe é que a sociedade possa resgatar a liberdade individual no embate da ágora, fazendo que cada sujeito possa participar da definição dos rumos de sua própria vida. Trata-se de emancipar o “sujeito débil” a que se refere Barcellona, que é livre (liberdade negativa) no âmbito do consumo, mas que não tem qualquer liberdade para “construir civilização”, para ser sujeito da própria história.¹⁸⁰

Na feliz síntese formulada por Bauman:

*A sociedade não pode fazer felizes seus indivíduos; todas as tentativas (ou promessas) históricas nesse sentido geraram mais miséria que felicidade. Mas a boa sociedade pode - e deve - tornar livres seus integrantes, não apenas livres de um ponto de vista negativo - no sentido de não serem coagidos a fazer o que não fariam por espontânea vontade - mas positivamente livres, isto é, no sentido de serem capazes de fazer algo da própria liberdade, de serem capazes de fazer coisas ... E isso significa primordialmente poder influenciar as condições da própria existência, dar um significado para o “bem comum” e fazer as instituições sociais se adequarem a esse significado. A “questão da paidéia” não pode ser eliminada porque há ainda o projeto democrático não realizado de termos uma sociedade livre constituída por indivíduos livres.*¹⁸¹

¹⁷⁸ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p. 94.

¹⁷⁹ BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p. 103.

¹⁸⁰ BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

¹⁸¹ BAUMAN, S. **Em busca da Política**. p. 112.

O exercício da liberdade política, todavia, importa deixar de lado a postura reconfortante de quem se deixa conduzir pelas redes anônimas de poder que assujeitam mas, ao mesmo tempo, podem evitar a insegurança existencial no tocante à manutenção da própria vida.

Mais do que isso, o exercício da liberdade positiva sequer é materialmente possível por quem não tem condições materiais de existência.

Somente a partir de um conjunto capacitatório mínimo alguém pode escolher livremente e, mais que isso, decidir livremente os rumos da própria vida.

A forma apontada por Bauman para minimizar a insegurança existencial que afasta os indivíduos da liberdade é a garantia estatal de uma renda mínima.¹⁸²

Ao assegurar uma renda mínima, o Estado permitiria aos indivíduos preocuparem-se não apenas com suas subsistências, mas com sua efetiva autoconstituição como cidadãos¹⁸³.

É nesse ponto que a proposta de Bauman sobre a liberdade pode dialogar com a interessante noção de liberdade defendida por Amartya Sen.

Segundo Sen, como visto anteriormente, ao contrário do que defende boa parte da tradição liberal, a liberdade não se resume à garantia formal da liberdade de escolhas em um espaço de não coerção: se as restrições econômicas impuserem a impossibilidade efetiva de realização de escolhas, estará caracterizado um déficit de liberdade. A liberdade não seria apenas aquela tomada como garantia formal,

¹⁸² BAUMAN, S. **Em busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 183.

¹⁸³ A renda básica seria apta a proporcionar, no entender de Bauman, segurança suficiente para que cada indivíduo possa ter ampliadas suas possibilidades de construção de sua própria vida – incrementando, assim, sua liberdade positiva. Trata-se de minimizar a insegurança no exercício da liberdade, desestimulando a postura “reconfortante” da sujeição. Não significa a contrariedade à liberdade de escolha (liberdade negativa), mas, ao inverso, incrementar capacidades, liberdades efetivas. Nesse sentido: “O propósito da república (se é que a república tem algum propósito substancial) não é a imposição de um modelo preconcebido de “vida correta”, mas a capacitação dos cidadãos para discutirem livremente os modelos de vida de sua preferência e praticá-los. A república é um a ampliação, não uma redução de opções – seu objetivo é aumentar, e não limitar as liberdades individuais”. (BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p. 190) E prossegue o autor, na definição dos objetivos da renda mínima, como limitação à insegurança (Unsicherheit) na prática da liberdade: “Quando (se) esse objetivo for alcançado, homens e mulheres não mais temerosos de usar sua liberdade poderão encontrar tempo, vontade e coragem para construir sentidos cada vez mais humanos de sua humanidade, para examinar e selecionar formas de vida que sejam ao mesmo tempo satisfatórias e racionais” (BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**, p 191).

mas deve ser tomada, também, como liberdade efetiva. A maior ou menor liberdade decorre do conjunto capacitatório de cada indivíduo, ou seja, da possibilidade real que cada um tem de fazer aquilo que valoriza.

Trata-se de reconhecer, ao contrário do que afirmam Berlin, Hayek, Friedman¹⁸⁴ e, até mesmo, Rawls¹⁸⁵, que as condições de exercício da liberdade (tomada como autonomia formal) podem ser, elas próprias, liberdades, cuja não satisfação inviabiliza a possibilidade de realização de escolhas e, nessa medida, nega o próprio valor da liberdade.

A proposta de renda mínima de Bauman é coerente com o que se pode denominar de liberdade efetiva, embora se distinga parcialmente da definição de Sen: se na obra do economista indiano a ampliação do conjunto capacitatório diz respeito à possibilidade efetiva de fazer escolhas (ou seja, de realizar aquilo que não é proibido), em Bauman existe a pretensão de um incremento do que se pode denominar de liberdade positiva, importando a efetiva participação política do cidadão¹⁸⁶.

¹⁸⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: Nova Cultura, 1985.

¹⁸⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes.

¹⁸⁶ O traço distintivo da proposta de renda mínima em relação à liberdade efetiva de Sen, nada obstante a primeira possa conduzir à segunda, é que Sen, ao contrário de Bauman, não pressupõe que a renda mínima seja, efetivamente, a “separação entre o direito de renda individual e a efetiva capacidade de criar renda”, como meio de remoção parcial da insegurança existencial que afasta o indivíduo do exercício de sua liberdade positiva (ou seja, de sua liberdade de deliberar sobre os rumos da própria vida, mesmo contra o institucionalizado). Com efeito, a liberdade efetiva em Sen pressupõe criar condições para que os indivíduos possam também produzir autonomamente a renda que propicia sua própria subsistência, ampliando por si mesmos, a partir de certo patamar, seu conjunto capacitatório. O incremento do conjunto capacitatório deve ser ele próprio fonte de ampliação da renda. Trata-se de proporcionar condições de subsistência não apenas, quando necessário, por meio de uma renda a ser prestada pelo Estado, mas, também, de propiciar condições de educação, moradia ou saúde suficientes para que os beneficiados possam ser também agentes geradores de renda. O dado emancipatório não é, propriamente, a renda, mas o conjunto capacitatório que ela pode proporcionar, seja no âmbito de efetiva possibilidade de fazer escolhas, seja na seara da liberdade positiva, como construção da própria subjetividade no campo da deliberação pública. O que permite problematizar, em parte, a proposta de Bauman, é a pretensão de que a renda mínima seja elemento de separação entre o direito à renda e a capacidade de criar renda. Se é certo que não se pode limitar o conjunto capacitatório de alguém por seu potencial de geração de recursos – a dignidade da pessoa humana não se mede por aquilo que ela produz – não menos certo é que, reduzida a geração de renda, os recursos se tornam insustentavelmente escassos. Em situações limite, somente uma planificação estatal que defina o que e quanto cada indivíduo deve produzir poderia, em tese, assegurar renda suficiente para assegurar uma renda mínima que se descole por completo da capacidade de geração de recursos de cada um. Ocorre que tal planificação é incompatível com a pretensão de que as medidas assecuratórias de renda teriam por fim ampliar a liberdade individual. A liberdade deixaria de ser um fim, posição que passaria a ser ocupada pela renda, o que entraria em conflito com o que propõe Sygmunt Bauman. Nada obstante, ainda que pudesse ser compatibilizada com a liberdade positiva – quando fruto da deliberação pública democrática –, a planificação estatal totalizante seria de duvidosa eficácia na geração de

Para além disso, esse incremento pode importar a maximização das possibilidades de autoconstituição individual também em sua vida privada. Como se vê, emerge mais uma vez a multiplicidade de sentidos que a liberdade pode assumir.

A assunção da liberdade substancial como integrante daquilo que se pode compreender como liberdade pode oferecer relevantes contribuições à compreensão da relação entre liberdades individuais, e do papel recíproco desses indivíduos na preservação e, mesmo, no incremento da liberdade do outro – sobretudo ante a jusfundamentalidade da liberdade, que não pode, nessa medida, ser compreendida a partir de restrições de conveniência, reduzindo seu conteúdo possível precisamente no Direito Civil, seara do Direito que historicamente é proclamada como o lugar da liberdade individual.

Desde a garantia de um patrimônio mínimo personalíssimo¹⁸⁷, passando pelos contributos que as relações contratuais podem oferecer aos seus integrantes ou a terceiros, ou, quando menos, na parcial fundamentação de restrições à liberdade formal em relações interprivadas desiguais, a liberdade substancial/efetiva pode ocupar papel relevante, como será examinado no desenvolvimento deste trabalho.

Há, entretanto, antes dessa análise, um expressivo conjunto de mediações que precisam ser construídas para uma adequada compreensão a respeito da constituição das condições de possibilidade de inserção desse conceito plural de liberdade na lógica do Direito Civil contemporâneo.

Uma dessas mediações indispensáveis é o exame do perfil que a liberdade dos indivíduos assume no erigir do que se pode denominar de Direito Civil Moderno. Para isso, é necessária a explicitação de algumas concepções teóricas que residem na base dessa construção – e que dialogam com alguns dos conceitos de liberdade

recursos suficientes para a minimização da “insegurança existencial” de cada cidadão, podendo, ao resultar em escassez, universalizar o déficit de liberdade decorrente da privação coletiva. A renda mínima, como meio de incremento de liberdade, para além de assegurar a relevante ampliação da liberdade positiva, deve ser vista como meio assecuratório de sua própria reprodução. Para isso, deve pressupor, de um lado, a liberdade negativa que assegure a produção dos recursos em quantidade necessária, bem como a auto-responsabilidade coletiva e de cada um dos seus beneficiários por essa produção. A aniquilação da liberdade negativa em nome de uma liberdade que se resuma à deliberação pública (o que, diga-se, não é proposto por Bauman), ao inviabilizar a satisfação de necessidades existenciais, pode implodir qualquer pretensão de emancipação na seara do político.

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

examinados neste capítulo.

Impende, destarte, principiar pela relação possível entre essa liberdade Moderna e a propriedade, como ferramenta apta a propiciar o entendimento sobre sua apreensão, sobretudo, pelo Direito Civil oitocentista.

2 DA VINCULAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E LIBERDADE NA FORMAÇÃO DO CAPITALISMO: O PENSAMENTO LIBERAL DOS SÉCULOS XVII A XIX

Como já foi possível inferir do que até aqui se expôs, não é objetivo desta tese engendrar um conceito filosófico de liberdade – ainda que historicamente localizado -, mas, sim, cogitar a possibilidade de que a expressão jurídica da liberdade no Direito Civil possa ser compreendida em moldes diversos, propiciando um olhar diferenciado sobre a sua dimensão funcional.

Por isso, a análise acerca dos diversos perfis da liberdade realizada no capítulo 1 veio com o escopo de (a) oferecer subsídios que permitam a compreensão acerca do significado da liberdade no Direito Civil tal como construída na formação do Direito Civil Moderno, (b) demonstrar que esse significado, à luz da pluralidade de concepções filosóficas sobre a liberdade na própria Modernidade, não é o único possível e (c) construir mediações que permitam sustentar, ao final, a possibilidade de cogitar de uma compreensão plural da liberdade no Direito Civil brasileiro contemporâneo.

Não se mostra, todavia, bastante para os escopos traçados uma análise da pluralidade de perfis da liberdade. Isso se deve ao fato de que a adequada compreensão acerca da liberdade no Direito Civil Moderno não pode ignorar outro conceito que, na formação desse Direito Civil, se mostra a ela conexo: a propriedade.

O exame e problematização a respeito desses laços entre as situações proprietárias e a liberdade são passos indispensáveis para a compreensão da própria liberdade no Direito Civil Moderno. Qualquer pretensão de investigação acerca da liberdade no Direito Civil que ignore os argumentos acerca de seu liame com a propriedade não obterá, provavelmente, bom êxito.

Com efeito, tanto a reflexão a respeito da formação desses laços como a problematização sobre as suas efetivas repercussões na definição do perfil e do lugar da liberdade nas relações entre particulares e entre estes e o Estado são passos indispensáveis para dar conta, em momento seguinte, da compreensão do sentido que a liberdade assume no Direito Civil Moderno.

Instância lógica para a compreensão da liberdade jurídica dos particulares é,

pois, a análise sobre os laços que o pensamento Liberal, em diversas vertentes¹⁸⁸, define entre a liberdade e a propriedade¹⁸⁹.

Este capítulo parte, portanto, do pressuposto de que não é possível pensar a formação do Direito Civil Moderno - e cogitar de sua dimensão funcional – sem examinar fenômeno que está na base dessa formação: o advento do capitalismo no plano material e a vinculação entre liberdade e propriedade na seara da ideologia. Trata-se de passo necessário para que se possa compreender qual o perfil de liberdade que prevalece nesse momento histórico, e que influencia – com as críticas que tal apreensão pode merecer – o Direito Civil brasileiro do século XIX e do início do século XX.

Algumas mediações são necessárias para a compreensão dessa vinculação. Nem todas têm como ponto de partida imediato o momento constitutivo das grandes codificações Modernas, principiando de uma base ideológica antecedente. Esta nem sempre será identificada como uma influência direta e explícita do modelo jurídico de que se está a falar, mas é reveladora de um modo de compreender o mundo que guarda muito em comum com o que está no substrato teórico que embasa essas construções jurídicas.

A eleição dos pensadores que serão examinados nesse capítulo não é arbitrária: principia-se pela primeira expressão sistematizada de um individualismo proprietário no pensamento de John Locke. Parte-se para a lapidação do perfil dessa liberdade do indivíduo proprietário em sua definição como liberdade negativa, tomando-se como base o pensamento de John Stuart Mill.

Em seguida, pretende-se analisar a extensão desse individualismo

¹⁸⁸ A afirmação pura e simples de que o Direito Civil Moderno seria fruto do pensamento Liberal, embora não seja falsa, é, por certo, imprecisa, como se pretende deixar claro nos dois primeiros capítulos do Título I.

¹⁸⁹ Talvez a explícita definição de von Mises seja uma das expressões mais contundentes a respeito dessa correlação: “(...) pois a essência do liberalismo está na propriedade privada e não na compreensão, aliás, muito mal compreendida, da livre concorrência. O que interessa decisivamente não é que haja muitas fábricas de gramofones, e sim que os meios de produção dos gramofones pertençam aos particulares, e não à sociedade”. (MISES, Ludwig von. **O Intervencionismo**. Trad. Joaquim Teixeira Ribeiro. Coimbra: Coimbra, 1944, p. 7). A expressão jurídica dessa propriedade e da liberdade ali exercida é definida claramente, segundo o pensamento liberal, por Hans-Hermann Hoppe, discípulo de Mises: “Instead, the withering away of the state, and with this end of exploitation and the beginning of liberty and unheard of economic prosperity, means the stablishment of a pure private property society reglated by nothing but private law”. (HOPPE, Hans-Hermann. **The Economics and Ethics of Private Property**. Boston/Dordech/London: Kluwer Academic Publishers, p. 110).

proprietário - que em Locke estava mais ligado à dimensão estática da propriedade e do papel do trabalho na acumulação de riqueza – para uma perspectiva vinculada ao trânsito de bens no mercado, e do lugar que a liberdade ali acaba por ocupar segundo o pensamento de Adam Smith.

Conclui-se esse trajeto com o exame do conhecido discurso proferido por Benjamin Constant na Assembléia Francesa ao tempo do advento do *Code* – e que é bastante revelador acerca do modo como a liberdade é compreendida nesse Código – que distingue a liberdade dos antigos, exercida no âmbito público, da liberdade dos Modernos, que se exerceria no espaço privado – sobretudo na propriedade.

2.1 O INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO DE JOHN LOCKE

Coerente com as pretensões acima indicadas, a primeira seção do capítulo 2 se dedica à compreensão do individualismo proprietário, tomando como instrumento de análise o pensamento de John Locke¹⁹⁰.

Embora Locke esteja situado em uma tradição política e jurídica diversa daquela que se encontra em França e nos demais países da Europa continental, pode-se situá-lo na gênese de uma dada corrente do pensamento Moderno que também produzirá frutos nos demais países europeus, influenciando de modo decisivo a elaboração e, sobretudo, a interpretação do Direito Civil codificado: o Liberalismo.

Sem ignorar as distinções entre os liberalismos francês e inglês, o que se pretende com o estudo da obra de Locke não é a identificação de um fundamento que, de modo direto e imediato, possa servir para a compreensão da liberdade no Direito Civil dos séculos XVII a XIX – se assim fosse, a pretensão estaria irremediavelmente malfadada, haja vista as diferenças entre as tradições jurídicas em que se inserem o pensamento de Locke e as grandes codificações da Europa continental.

O que se pretende é, sim, identificar o que de comum pode ser encontrado na

¹⁹⁰ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

formação ideológica que emerge de um fenômeno comum a França e Inglaterra entre os séculos acima citados, e que consiste na construção do Capitalismo. As distinções relevantes que podem se apresentar entre os diferentes Liberalismos que daí se forjam não apagam algumas premissas comuns, dentre as quais está a forte vinculação entre liberdade e propriedade.

Mais especificamente no pensamento de Locke, a propriedade será identificada como o espaço privilegiado da liberdade individual, que se coloca em um lugar situado para além do Estado (antecedendo o político, e servindo, até mesmo, como seu fundamento).

De uma só vez, o pensamento de Locke¹⁹¹ traz as bases para a definição de uma dicotomia entre os espaços público e privado (e que será radicalizado na Europa continental a ponto de tal distinção ser reputada como fundante da própria ordem jurídica), fazendo com que aquele tenha por função a proteção deste, e identificando a propriedade individual como o mais importante dos direitos que se situam nesse âmbito privado.

O indivíduo livre e proprietário (e que é livre por ser proprietário) será o elemento central na estruturação do Código Civil francês – e na definição da função dos institutos jurídicos ali disciplinados.

O individualismo é, com efeito, uma das formas de compreensão da sociedade que, pautando-se em abstrações conceituais – no caso, a abstração do indivíduo atomizado – sustenta a dicotomia entre indivíduo e sociedade.

Há, é certo, vários individualismos, cujo exame permeia este trabalho. Neste ponto, porém, cabe destacar a contribuição de Locke para a constituição dessas concepções teóricas, de modo a compreender sua influência, ainda que mediata, na formação do Direito Civil Moderno – o que, para ser adequadamente compreendido, impõe que se parta da tese de Locke a respeito da formação do Estado.

A relevância da teoria de Locke sobre a formação do Estado é marcante não apenas pela profunda influência que ele teve sobre o pensamento Liberal mas, sobretudo, no que tange ao objetivo deste trabalho, pela afirmação de uma anterioridade do indivíduo em relação à sociedade e à política.

¹⁹¹ A obra específica em que se identifica essa construção teórica é o Segundo Tratado sobre o Governo. LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

É bastante conhecida a compreensão do autor sobre a sociedade: em um momento original, os indivíduos viviam em um estado de natureza regidos pelo direito natural¹⁹², no qual estariam situados os direitos desses mesmos indivíduos.

O Estado de natureza, em Locke, não é igual àquele que se apresenta na teoria hobbesiana: neste, o estado de natureza é o estado de guerra de todos contra todos, como fruto da liberdade ilimitada. Em Locke, o estado de guerra surge apenas como uma perturbação do estado de natureza, que ocorre quando um indivíduo que tem alguma de suas propriedades (como direitos) perturbadas exerce a justiça com as próprias mãos.¹⁹³

Entre esses direitos individuais estão a liberdade, a vida e, sobretudo, a propriedade, reputado como o direito mais importante, que serve de base para todos os demais. Seria a propriedade o lugar do efetivo exercício da liberdade, e o meio indispensável para assegurar o próprio direito à vida. Segundo o autor, “a condição da vida humana, que requer trabalho e materiais com os quais trabalhar, introduz necessariamente a propriedade particular”.¹⁹⁴

Todavia, como exposto, quando os direitos naturais de um indivíduo fossem violados, não lhes restaria outra alternativa senão a de fazerem justiça com suas próprias mãos, haja vista a ausência de um juiz imparcial que pudesse recompor o direito violado ou, ao menos, punir o ofensor.

O exercício dessa justiça privada seria a fonte de perturbação do estado de natureza, instituindo, em caráter patológico, um estado de guerra. A eliminação da guerra seria obtida pela celebração de um contrato social entre os indivíduos, por meio do qual eles renunciariam a uma única liberdade (em Locke, compreendida como direito): a liberdade de fazer justiça com suas próprias mãos.

Trata-se, no dizer de Bobbio, de renúncia parcialíssima, ao contrário do que ocorre em Hobbes, em que todas as liberdades são objeto de renúncia em favor do soberano.¹⁹⁵

¹⁹² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 384.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política Moderna**. Brasília: Brasiliense, 1994, p. 73.

¹⁹⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 415.

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política Moderna**, p. 73.

Esse direito do indivíduo, quando objeto de renúncia, passa a ser função do ente criado para assegurar a harmonia perdida com a ofensa ao direito natural e a justiça privada: o Governo Civil (ou seja, no sentido que Locke atribui, ao Estado).

Caberia a esse Estado fazer justiça e elaborar leis, desde que essas fossem o espelho das leis naturais, que jamais poderiam ser violadas, uma vez que tais leis naturais (e os direitos individuais por elas instituídos) antecederiam a formação coletiva a que se denomina Governo Civil.

Assim seria porque o indivíduo antecede a formação desse modelo de organização política e social, constituída, a seu turno, de modo voluntário. Em Hobbes também se evidencia essa precedência, embora, como exposto, o conteúdo da renúncia seja diverso.¹⁹⁶

Convém observar que há, nesse ponto, algo muito mais contundente que a simples intencionalidade dos indivíduos: trata-se de fundar um modelo social e político por meio do exercício de uma vontade livre e consciente de todos os indivíduos, que, nessa medida, se colocam no lugar primevo dessa formação.

O Governo Civil (e a forma de organização social que ele institui) é criado pelo indivíduo e para o indivíduo. Sua função é assegurar os direitos naturais, sobretudo a propriedade individual e a liberdade do indivíduo proprietário. A prevalência do indivíduo sobre o social e o político é apriorística (o indivíduo constitui voluntariamente o social e o político) e, ao mesmo tempo, consequencialista, pois esse Governo Civil só se mantém se atender à sua finalidade de proteção da propriedade individual – legitimando-se até mesmo a deposição do soberano que contraria essa finalidade.

Ainda que se possa reconhecer que talvez Locke não pretendesse que seu modelo explicativo fosse o retrato fiel da realidade, ele próprio toma o modelo como o lugar da verdade. É do modelo, construído abstratamente, que se deduzem as funções do Estado, o papel do soberano, a sua legitimidade ou ilegitimidade, a prevalência do indivíduo, a legitimação da propriedade, da venda da força de trabalho, da acumulação de capital.

Como explica Macpherson, o Governo Civil de Locke, por ser antecedido

¹⁹⁶ MACPHERSON, C.B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo**: De Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

pelos direitos individuais, notadamente o direito de propriedade, tem por função a proteção desses direitos. Não se admite, pois, que o Estado possa intervir na propriedade individual, pois ela é a razão de ser do próprio Estado, que é criado para protegê-la. Pretende-se, no âmbito do contrato social, assegurar um “estado de natureza ideal”, sem o estado de guerra e com a proteção da propriedade individual.¹⁹⁷

Pode-se dizer, nessa esteira, que no pensamento de Locke a propriedade é o lugar privilegiado da liberdade do indivíduo¹⁹⁸, cabendo ao Estado, em um lugar residual em relação ao privado, proteger essa liberdade na propriedade contra violações que sejam promovidas por outrem.

Impende observar que a aquisição da propriedade em Locke é mais do que o simples uso ou fruição de bens: é propriedade aquilo que se incorpora ao próprio indivíduo, uma vez que é fruto de seu trabalho. Este, a seu turno, é também propriedade individual, pois parte da primeira propriedade que o indivíduo detém como direito natural: seu próprio corpo.¹⁹⁹ Como se observa, é possível afirmar que, na teoria política desse autor, o indivíduo é livre porque é proprietário.

Cabe ressaltar, nessa medida, a intensa vinculação entre indivíduo e propriedade, que é mais que mera relação exterior: o *proprium* do indivíduo é algo a ele integrado, não sendo legítimo que terceiros exerçam coerção externa que limite a liberdade do indivíduo sobre si mesmo e sobre o seu *proprium* que a ele se incorpora.

É, como se vê, da pretensa objetividade assegurada pela abstração conceitual que derivam a construção teórica e suas repercussões concretas. Trata-se de fazer do individualismo (proprietário) fundante do político o *leitmotiv* que não apenas explicaria mas legitimaria as estruturas sociais e políticas, com a prevalência *a priori* do individual sobre o coletivo.

A tese de Locke desconsidera o caráter social da própria construção da subjetividade individual, além de buscar fundamento em um direito natural para

¹⁹⁷ MACPHERSON, C.B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo**: De Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

¹⁹⁸ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno, 70

¹⁹⁹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 409.

sustentar a prevalência do indivíduo sobre a sociedade – o público pode ser tomado, aí, como residual ao privado, na medida em que a função do Estado passa a ser proteger as liberdades individuais de direito natural, sobretudo a propriedade.

A pretensa objetividade do modelo do contrato social se torna a legitimação do individualismo proprietário, fazendo com o que indivíduo atomizado detentor de direitos naturais seja o agente fundante da própria sociedade, deixando à margem a dialética de construção social da subjetividade.

A despeito das críticas acima formuladas, não se pode negar a relevância de Locke para a construção do perfil de liberdade que prevalecerá no Direito Civil do século XIX.

Locke influenciou diretamente o pensamento de juristas que integraram os momentos iniciais da reflexão sobre a codificação francesa pós-revolucionária, especificamente Cambacérès.²⁰⁰ Além disso, teve influência marcante sobre pensadores que integram a base ideológica da Revolução.

O pensamento de Voltaire a respeito da liberdade e da propriedade, por exemplo, foi profundamente influenciado pela teoria política de John Locke. Assim como o pensador inglês, Voltaire identificava uma vinculação direta entre propriedade e liberdade individual.

Nada obstante não seja possível reduzir a complexidade da Revolução Francesa a partidários de Rousseau – e sua contundente crítica à apropriação privada²⁰¹ original, apontada como uma das origens das desigualdades entre os homens – e de Voltaire (até porque a suposição de que a Revolução foi um fenômeno movido pela filosofia aristocrática do início do século XVIII seria um falseamento da realidade²⁰²), não soa absurdo vincular a base ideológica que informa a construção do *Code* a um substrato filosófico que muito se aproxima, tanto na compreensão sobre a política quanto sobre o lugar do indivíduo, do pensamento

²⁰⁰ HALPÉRIN, **Le Code Civil**. 2^{ème} Paris: Dalloz, 2003, p. 13.

²⁰¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

²⁰² Reveladora da complexidade de que se reveste o ideário revolucionário é a obra “Boemia literária e revolução” de Robert Darnton, em que se demonstra que as pretensões e os ideais de muitos dos artífices da Revolução Francesa estavam, concretamente, bastante distantes do Iluminismo aristocrático da *Encyclopédie*. DARNTON, Robert. **Boemia literária e revolução: O submundo das letras no Antigo Regime**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 47.

de Jean Marie-Arouet.

Daí porque o pensamento de Voltaire também pode ser esclarecedor para quem pretende compreender a relação indissociável entre propriedade individual e liberdade que o Direito francês do século XIX acabará por estabelecer na exegese do Código Civil de 1804.

A pertinência da obra de Locke sobre o pensamento de Voltaire é por este manifestada expressamente, como na irônica referência anticlerical formulada no seu Dicionário Filosófico:

*“Liberty and property”, c’est le cri anglais. Il vaut mieux que “Saint-George et mon droit, Saint-Denys et Mont-joie”: c’est le cri de la nature.*²⁰³

Como se vê, Voltaire também compartilha da mesma base jusnaturalista de Locke:

*De la Suisse à la Chine les paysans possèdent des terres en propre. Le droit seul de conquête a pu dans quelques pays dépouiller les hommes d’un droit si naturel.*²⁰⁴

A referência de Locke à propriedade sobre a força de trabalho, passível de venda pelo seu titular e apropriação de seu produto por outrem, em uma contratação livre, também, é contemplada por Voltaire:

Tous les paysans ne seront pas riches; et il ne faut pas qu’ils le soient. On a besoin d’hommes qui n’aient que leurs bras et de la bonne volonté. Mas ces hommes mêmes, qui semblent le rebut de la fortune, participeront au bonheur des autres. Ils seront libres de vendre leur travail à qui voudra le mieux payer. Cette liberté leur

²⁰³ VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/propriete.htm>. Acessado em 5 de abril de 2009.

²⁰⁴ VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/propriete.htm>. Acessado em 5 de abril de 2009.

*tiendra lieu de propriété. L'espérance certaine d'un juste salaire les soutiendra. Ils élèveront avec gaieté leurs familles dans leurs métiers laborieux et utiles. C'est surtout cette classe d'hommes si méprisables aux yeux des puissants qui fait la pépinière des soldats. Ainsi, depuis le sceptre jusqu'à la faux et à la houlette, tout s'anime, tout prospère, tout prend une nouvelle force par ce seul ressort.*²⁰⁵

A influência de Locke não se limita, porém, ao Iluminismo francês pré-revolucionário: é também marcante a influência do pensamento de Locke diretamente na formação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, bem como da codificação francesa de 1804 e, sobretudo, em sua interpretação.

Sobre a primeira, pode-se aferir a influência do pensamento de Locke no denominado “Reconhecimento e exposição de razões dos direitos do homem e do cidadão”, texto de Sieyès que se coloca à guisa de preâmbulo da Constituição. Nesse texto, Sieyès revela claramente que a “garantia superior” contra qualquer violação que aquela Constituição assegura à propriedade é fundada no fato de que a propriedade sobre os “objetos exteriores” (propriedade real) nada mais é do que uma “extensão da propriedade pessoal”. Esta, a seu turno, é a propriedade sobre o próprio corpo e sobre as próprias ações – e, portanto, da força de trabalho.²⁰⁶

Prossegue Sieyès vinculando propriedade e liberdade: é livre aquele que tem a segurança de não ser perturbado no exercício de sua “propriedade pessoal” e no uso de sua “propriedade real”.

A vinculação levada a efeito por Locke entre propriedade, liberdade e trabalho é um marco que também é apreendido, como antes referido, por Cambacérès na elaboração dos primeiros projetos de Código Civil – projetos esses que não foram aprovados, paradoxalmente, por seu caráter de oposição flagrante à legislação do Antigo Regime, especialmente no que tange às relações de família, dando lugar, no dizer de Halpérin, a projetos mais moderados, como o que acabou por ser aprovado em 1804 (o primeiro projeto de Cambacérès, por exemplo, admitia o divórcio sem indicação de motivo, direitos iguais entre filhos naturais reconhecidos

²⁰⁵ VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/20/propriete.htm>. Acessado em 5 de abril de 2009.

²⁰⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen**. In : François Furet et Ran Halévi (org.) *Orateurs de la Révolution Française : les constituants*. Tomo I. Paris : Gallimard/NRF, 1989, p. 1009.

e filhos legítimos, abolia o poder familiar para atribuir aos pais, em conjunto, um dever de educação e proteção dos filhos, bem como trazia normas sobre administração comum dos esposos sobre os bens do casal).²⁰⁷

A despeito de os projetos de Cambacérès não terem se transformado em um Código Civil, sua influência na elaboração da legislação mais conservadora que veio à lume em 1804 foi inequívoca e, com ela, a influência da doutrina de Locke.

Essa doutrina permaneceu como relevante parâmetro no que tange à interpretação do Código Civil Francês no século XIX, tendo o Código recebido elogios de Thiers e Troplong,²⁰⁸ sobretudo no que tange à disciplina do direito de propriedade, que, segundo os dois juristas, colocava em evidência a sua filiação com o pensamento de Locke acerca dos liames que uniam liberdade, propriedade e trabalho – o que revela, cabe dizer, que o discurso de legitimação da propriedade como direito de fruir e de dispor dos bens da maneira mais absoluta permanece fiel, nesse sentido, às suas origens teóricas.

Essa lógica que remete à figura do indivíduo livre porque proprietário será o *leitmotiv* não apenas da codificação francesa, mas, a rigor, da própria estrutura das demais codificações civis oitocentistas, como se verá no título II deste trabalho.

2.2 O LAISSEZ FAIRE DOS FISIOCRATAS E A DOUTRINA DE ADAM SMITH

Se John Locke é relevante para a compreensão da vinculação entre liberdade e propriedade, Smith e os fisiocratas são dos mais relevantes marcos teóricos para a compreensão da relação entre a liberdade e a dimensão dinâmica da propriedade, nas relações de mercado.

A compreensão da relação formulada pelos fisiocratas entre propriedade de liberdade é relevante para a compreensão da possível influência (que não é estreme de controvérsias) dessa corrente do pensamento econômico sobre a elaboração do *Code* e, sobretudo, de sua interpretação.

Além disso, cogita-se da influência dos fisiocratas sobre o pensamento de

²⁰⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**. 2^e ed. Paris: Daloz, 2004, p. 12.

²⁰⁸ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 93.

Adam Smith (que também será objeto de análise nesta seção) – ou, ao menos, da marcante compatibilidade entre as doutrinas econômicas por eles formuladas.

Será também examinado o pensamento do próprio Smith a respeito da liberdade de ação econômica individual e egoística, e de como essas ações conduzem, no entender do autor, a benefícios para as demais pessoas, por meio da metáfora da “mão invisível do mercado”.

Mais do que influências diretas ou mediatas sobre a construção das concepções sobre a liberdade entre os séculos XVII e XIX, os autores sobre os quais se versará nesta seção refletem o pensamento de um tempo, como exemplares expressões das compreensões teóricas que defluem da formação do capitalismo e, simultaneamente, busca legitimá-lo e impulsioná-lo.

Nessa senda, o pensamento fisiocrata ocupa lugar relevante. Os fisiocratas constroem no século XVIII um arcabouço teórico que, entre outros aspectos, é marcado pela crítica à lógica mercantilista e pela vinculação entre trabalho, liberdade e propriedade. André-Jean Arnaud, em virtude dessa vinculação, afirma que a Escola Fisiocrata se aproxima, nesse ponto, do pensamento de Locke no século anterior (XVII) e da Escola do Direito Natural moderna.²⁰⁹

Há no pensamento fisiocrata uma vinculação profunda entre natureza e economia, seja pela compreensão de que a riqueza parte da terra (Quesnay, por exemplo, identifica três classes, a classe produtiva, a classe dos proprietários e a classe estéril, sendo a primeira, precisamente, a dos trabalhadores rurais²¹⁰ que geram a riqueza do país), seja pelo entendimento de que a economia é regida por leis ao modo das leis naturais.

Avelãs Nunes ensina:

no pensamento fisiocrata “os homens e a sociedade em que se inserem regem-se, pois, por leis naturais que são leis físicas em tudo idênticas às que asseguram o equilíbrio do mundo físico. São “leis

²⁰⁹ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 174.

²¹⁰ QUESNAY, François. **Analyse de la formule arithmétique du Tableau Economique de la distribution des dépenses annuelles d’une nation agricole**. Extraído do site <http://www.taieb.net/auteurs/Quesnay/tableau.html>, consultado às 21h 25 min do dia 02 de maio de 2009.

que existem eternamente de uma maneira implícita num código natural, geral e absoluto, que não sofre nunca exceções nem vicissitudes” (Baudeau). São leis absolutas, às quais a ação humana só pode acrescentar a desordem.²¹¹

Essa afirmação sobre o caráter absoluto das leis naturais da economia serve de base para a contrariedade à intervenção estatal na economia, uma vez que, como visto, “a ação humana só pode acrescentar a desordem”.

A isso acrescenta-se a relação entre liberdade e um direito de propriedade, que é compreendido como o fundamento da primeira:

Para os fisiocratas, por outro lado, a propriedade é o fundamento da liberdade. A liberdade como que se dissolve na propriedade. Citando Mirabeau, “a propriedade é o direito exclusivo de possuir uma coisa qualquer, ela arrasta consigo a liberdade”. “Quem diz liberdade – escreve o abade Baudeau – diz uso razoável e legítimo de uma propriedade; ou, para ser mais exacto, faculdade não impedida de fazer este uso ou de não o fazer (...) Ser livre é não ser impedido, de nenhum modo, de adquirir propriedades nem de fruir daquelas que se adquiram.²¹²

Deve-se aos fisiocratas a difusão conhecida expressão “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*”, como uma base da visão que seria mais tarde também sustentada no âmbito da teoria da “mão invisível” de Adam Smith.

Trata-se da pretensão do livre comércio e da livre atividade econômica individual, de modo que, no entendimento fisiocrata, “cada um trabalha para outrem na convicção de que trabalha para si próprio”.²¹³

O que se destaca sobretudo no pensamento fisiocrata como algo que guarda especial pertinência com os valores que informam o *Code* – seja ou não mediante influência direta – é o caráter absoluto da propriedade. Segundo Arnaud, os fisiocratas eram cientes da inevitabilidade da desigualdade na distribuição das

²¹¹ NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 332-333.

²¹² NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 334-335.

²¹³ Trata-se de frase de Mirabeau, citado por NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 338.

propriedades, sustentavam a proclamação de um direito de propriedade absoluto como “uma necessidade natural benfazeja”.²¹⁴

O autor afirma que em meado do século XVIII os fisiocratas eram representados “em todos os lugares onde seria possível fazer ouvir uma voz”, seja nas faculdades de Direito, como entre os Enciclopedistas e, mesmo, no Estado (no âmbito do denominado “Controle Geral de Finanças”).²¹⁵

Esse pensamento econômico produziu especial influência sobre a burguesia e sobre parte do campesinato. Com referência à primeira classe citada, era evidente a atração exercida pelo sentido de propriedade livre, em oposição, sobretudo, ao regime enfiteutico de apropriação que ainda persistia no Antigo Regime.

Quanto aos camponeses, a despeito da “natural” desigualdade na distribuição de riquezas ocasionada pela livre circulação de riquezas (preconizada pelos fisiocratas), entendiam que a liberação das terras de seus vínculos feudais era condição essencial para o desenvolvimento da produção.

Como se observa, interessava a essas duas classes a emancipação da propriedade dos vínculos que tolhiam seu caráter absoluto. Arnaud aponta que tais interesses se manifestam nos debates do Código Civil, sobretudo “na luta contra a distinção entre domínio iminente e domínio útil e em favor de um direito de propriedade unitário”²¹⁶. Cita como exemplo as afirmações de Maleville, integrante da comissão redatora do *Code*:

*“sans la propriété, écrit Maleville, point d'agriculture, et sans agriculture, on ne verrait que des sauvages errants sur la face du globe » ; et plus loin, « les nations prospèrent moins en raison de leur (sic) fertilité naturelle de leur sol, qu'en raison de la stabilité des propriétés, et de la liberté qu'a chaque citoyen de les faire valoir à son plus grand avantage ... C'est la propriété qui a vivifié, éntendu, agrandi notre propre existence, c'est par elle que l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout, a été portée sur les eaux, et a fait éclore, sous les divers climats, tous les germes de richesse et de puissance”.*²¹⁷

²¹⁴ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 174.

²¹⁵ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 176.

²¹⁶ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 176.

²¹⁷ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 176.

Essa exaltação da propriedade e de seu caráter absoluto acabam, com efeito, por marcar o Código Civil de 1804, constituindo a liberdade e a propriedade as bases sobre as quais ele se erige.²¹⁸

A rigor, pode-se afirmar, que a marca do *Code* é não apenas a propriedade livre, mas, também, o livre comércio, que, conforme Arnaud, se expressa juridicamente como liberdade contratual ou, em um “estágio mais evoluído, autonomia da vontade”.

O livre comércio é um dos elementos mais marcantes não apenas da Escola Fisiocrata, mas, também, do pensamento de Adam Smith.

Smith era crítico dos fisiocratas, sobretudo no que tange ao entendimento destes sobre a terra ser a única verdadeira fonte de riquezas.²¹⁹

A livre atividade econômica individual, porém, é elemento que os aproxima, bem como a pretensão de um direito de propriedade de viés individualista a ser protegido pelo Estado.

É bastante conhecida a metáfora da “mão invisível” do mercado, que justifica a livre atividade econômica em virtude da otimista afirmação de que a ação individual, mesmo egoística, acaba por produzir benefícios para a sociedade:

Cada um trabalha, necessariamente, para que o crédito da sociedade seja o maior possível. Na realidade, ele não pretende, normalmente, promover o bem público, nem sabe até que ponto o está a fazer. (...) Ao dirigir essa indústria, de modo que a sua produção adquira o máximo valor, só está a pensar no seu próprio ganho, e, neste como em muitos outros casos, está a pensar no seu próprio ganho, e, neste como em muitos outros casos, está a ser guiado por uma “mão invisível” a atingir um fim que não fazia parte das suas intenções. Ao tentar satisfazer o seu próprio interesse, promove, frequentemente de modo mais eficaz, o interesse da sociedade, do que quando realmente o pretende fazer. Nunca vi nada de bom feito por aqueles que se dedicaram ao comércio pelo bem público. Na verdade, não é um tipo de declaração muito comum entre os mercadores, e não são necessárias muitas palavras para os

²¹⁸ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 178.

²¹⁹ NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 239.

*dissuadir disso.*²²⁰

Por isso, no pensamento de Smith, as funções do Estado devem ser mínimas, limitando-se a garantir aos indivíduos o mais amplo exercício de sua liberdade econômica – assim entendida como uma liberdade negativa, sujeita às menores restrições possíveis.

A explicação de Avelãs Nunes é esclarecedora a esse respeito:

*Como bom liberal, Adam Smith defende que o máximo de utilidade social se consegue quando a vida econômica decorre naturalmente, perseguindo cada um o seu próprio interesse. A vida econômica, assim entendida, é o fundamento da sociedade civil, o princípio da própria existência do estado, cujas funções devem restringir-se ao mínimo compatível com a sua capacidade para garantir a cada um e a todos, em condições de plena liberdade, o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender.*²²¹

Também é função do Estado, nessa esteira, garantir a propriedade individual, instrumento essencial para essa propriedade e, obviamente, para as trocas econômicas e a produção. Trata-se, a rigor, de sua função fundamental. A semelhança com as idéias de Locke é, como se observa, bastante evidente.

Nesse sentido, Smith chega a defender que o “governo civil” seria instituído com vista à defesa dos ricos em detrimento dos pobres, ou seja, de quem tem propriedade em prejuízo de quem não a possui.

O universo teórico que tem em Smith talvez sua expressão mais importante é o mesmo em que desenvolve a formação das codificações do século XIX. A influência direta de Smith sobre, de modo especial, a codificação francesa de 1804 é controversa, como se observa das seguintes observações de Halpérin:

S'il est difficile de déterminer à quel point les codificateurs connaissaient les travaux de Smith, Say (dont le 'Traité d'économie

²²⁰ SMITH, Adam. António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 437.

²²¹ NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 438.

politique’ paraît en 1803) ou de Bentham (dont le ‘Traité de législation civile et pénale’ est publié à Paris en 1802), il est troublant de constater quelques analogies entre la pensée de ces auteurs et les raisonnements tenus par les rédacteurs du Code Civil sur l’utilisation par le législateur des vices et de vertus de l’homme, sur la primauté de l’utilité ou sur la nécessaire reconstruction du lien social.²²²

Evidencia-se, porém, que o Direito Civil e o pensamento do autor seguem um mesmo *leitmotiv*: liberdade e propriedade. A segunda, dotada de caráter absoluto, sendo função do Estado sua proteção; a primeira, negativa e formal, expressando-se primordialmente por meio das trocas econômicas, ou seja, do contrato.

Ao longo do século XIX essa compreensão sobre liberdade e propriedade permanece viva, com o desenvolvimento do pensamento liberal e sua profunda influência sobre a interpretação das leis e sobre a construção doutrinária a respeito do Direito Civil.

Exemplos dos rumos que esse pensamento assume podem ser apontados em Benjamin Constant e John Stuart Mill.

2.3 A “LIBERDADE DOS MODERNOS” DE BENJAMIN CONSTANT

Outra mediação revelante para a compreensão do perfil da liberdade privada no século XIX – e, nessa medida, para identificar os caracteres da autonomia privada nesse momento histórico – é o pensamento de Benjamin Constant. Integrante do pensamento Liberal oitocentista, apresenta em comum com Locke e Stuart Mill o apreço pela liberdade negativa e pela restrição ao poder do Estado frente aos particulares.

Se Locke, Smith e os fisiocratas permitem compreender o que reside na origem do pensamento que informa o *Code* e as demais codificações que se seguiram a ele, Mill e, aqui, Constant, propiciam uma compreensão sobre o desenvolvimento da doutrina Liberal oitocentista, e de sua relevância da interpretação dessas codificações.

²²² HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**. 2^o ed. Paris: Daloz, 2004, p.

A análise do conhecido discurso de Benjamin Constant²²³ sobre “a liberdade dos antigos” e “a liberdade dos modernos” é reveladora da consolidação, no plano ideológico, de um dado perfil da liberdade individual como elemento compreensivo dotado de inequívoca centralidade na formação do Direito Civil Moderno.

Além da vinculação da liberdade dos Modernos ao âmbito das relações econômicas, o discurso expõe a clivagem entre o que no capítulo 1 se denominou de liberdade positiva e de liberdade negativa, marcando os lugares de cada uma delas (respectivamente, o espaço público e o espaço privado).

De um lado, pois, as liberdades públicas, que se exercem na ágora, de outro, as liberdades privadas, que se exercem na propriedade, no exercício do comércio, do trabalho ou, pode-se dizer, no contrato.

A liberdade “dos antigos” diz respeito à participação ativa e constante no poder coletivo, ao passo que a liberdade “dos modernos” é atinente “à fruição pacífica da independência privada” – independência que é uma garantia do indivíduo frente ao poder.²²⁴

Segundo Constant, citado por Stephen Holmes, os “antigos, por seu caráter”, tinham a necessidade de “ação”, e esta se conciliava bem com uma grande extensão de autoridade social. Os “modernos, a seu turno, teriam necessidade de tranquilidade (*repos*) e de deleite, ou gozo (*jouissances*). A primeira seria assegurada por um “pequeno número de leis que garantam que ela não será perturbada”; o segundo, diz respeito a uma grande liberdade individual. Assim, a legislação que viesse a prejudicar esse gozo de liberdade individual, impondo a ela sacrifícios, seria incompatível com o “estado atual da espécie humana”.²²⁵

Evidencia-se, aí, uma consolidação da idéia de separação entre público e privado, tão marcante na Modernidade. O espaço privado é o espaço da liberdade dos modernos, definida em termos negativos como uma liberdade que se exerce nos limites da lei – e que deve reservar espaço amplo a esse exercício.

²²³ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872.

²²⁴ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872, 542.

²²⁵ HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994, p.46.

O espaço público é o espaço da deliberação pública, por meio do qual emerge a relevância da liberdade positiva. Esta seria a liberdade dos antigos. A realização individual se dava no debate na ágora, na vivência da política. A liberdade Moderna, a seu turno, seria exercida e compreendida, sobretudo, na esfera privada.

Pode-se, é certo, realizar uma leitura do pensamento de Constant à luz de uma preocupação centrada no papel da democracia representativa. Afinal, uma das preocupações de Constant é precisamente demonstrar a inviabilidade da democracia como proposta por Rousseau, com a prevalência de uma liberdade pública à moda da “liberdade dos antigos”.²²⁶

As exigências modernas não permitem ao homem a atuação permanente no debate público, embora ele também seja reputado como relevante pelo autor.

O lugar da liberdade se desloca do público para o privado, sendo, por isso, relevante a figura da representação para que o cidadão possa ter o tempo necessário para se ocupar de sua liberdade “moderna”, situada em seu espaço privado. Ao contrário do que ocorria na antiguidade, o indivíduo, no âmbito de um país, exerce apenas uma imperceptível influência pessoal na vontade social que imprime a direção do governo. Além disso, prossegue o autor, o fim da escravidão não mais permite que exista o tempo livre para que cada indivíduo tome seu lugar na praça pública para deliberar. Mais: o comércio, que se sobrepõe, na atividade dos modernos, à guerra, não traz intervalos de inatividade.²²⁷ Sobretudo, afirma Constant que:

*Le commerce inspire aux hommes un vif amour pour l'indépendance individuelle. Le commerce subvient à leurs besoins, satisfait à leurs désirs, sans l'intervention de l'autorité. Cette intervention est presque toujours, et je ne sais pourquoi je dis presque, cette intervention est toujours un dérangement et un gêne. Toutes les fois que le pouvoir collectif veut se mêler des spéculations particulières, il vexé les spéculateurs. Toutes les fois que les gouvernements prétendent faire nous affaires, ils les font plus mal et plus dispendieusement que nous.*²²⁸

²²⁶ Nesse sentido, HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994, p. 129.

²²⁷ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872, p. 545.

²²⁸ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872, p. 546.

Em outras palavras, o lugar privilegiado da liberdade individual entre os modernos é a atividade econômica (e, nessa medida, a propriedade), que, ao mesmo tempo, inspira o apreço por essa mesma liberdade, que deve ser a mais ampla, com mínima intervenção do Estado.

Não deixa Constant, todavia, em outro texto, de enfatizar a relevância da propriedade também para o exercício das liberdades públicas, afirmando que “somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos”²²⁹. Tem, porém, concepção sobre a propriedade que é reveladora, de um lado, de sua importância no pensamento liberal para definir limites ao poder estatal – e, nessa medida, no maior espaço de liberdade negativa – e, de outro, de uma superação das compreensões jusnaturalistas. Entendia, como explica Stephen Holmes, que a propriedade não antecede a sociedade, sendo uma criação da vida social, que encontra sua justificativa nos benefícios que ela proporciona, mas que sua abolição seria fonte de penúria.²³⁰

Além disso, no plano político, os direitos do proprietário encontrariam fundamento na medida em que impõem uma barreira contra certas formas de governar, uma vez que se os governantes são obrigados a respeitar a propriedade, não poderão se comportar como “predadores vorazes”.²³¹

Destaca-se, assim, uma via de mão dupla que é reveladora de aspectos centrais no pensamento do autor. A liberdade de maior destaque é aquela exercida nos negócios privados, como liberdade negativa circunscrita e protegida pela lei (liberdade negativa, portanto), sem descurar da liberdade positiva, que, a seu turno, é exercida primordialmente por meio da representação.

Não seria absurdo supor, todavia, que os representantes devam ser aqueles que têm o gozo do “ócio necessário” para se ocuparem da esfera pública, ou seja, aqueles que são proprietários.

²²⁹ CONSTANT, Henri Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais**. (tradução Maria do Céu Carvalho), Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 118.

²³⁰ HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994, p. 98-99.

²³¹ HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994, p. 97.

A propriedade se revela, assim, simultaneamente, o elemento central do espaço privado, onde se exerce a liberdade dos “modernos” e a condição para o exercício da liberdade “dos antigos” (liberdade positiva).

Eis o que pode ser reputado como fundante do pensamento liberal de Constant – liberdade nas relações privadas, democracia representativa quando se trata do espaço público, e exercício de liberdade positiva, neste último espaço, diretamente exercida por quem já é proprietário. É deste o gozo, ao fim e ao cabo, da liberdade dúplice, “dos antigos” e “dos modernos”.

É necessário ressaltar que segundo o citado Stephen Holmes, Constant não reduz a liberdade dos modernos exclusivamente ao direito de disposição sobre os bens, sendo esta uma entre as liberdades relevantes. Afirma que se estamos convencidos da utilidade desse direito, isso se dá em virtude de mudanças irreversíveis ocorridas na estrutura econômica – que podem ser reputadas como estímulo indispensável à liberdade moderna.²³²

Ocorre que, dentre as liberdades privadas, o que prevalecerá no tocante ao Direito Civil é precisamente essa liberdade privada situada no patrimônio, sobretudo no que se refere ao seu respectivo trânsito jurídico, como se examinará no capítulo seguinte.

Trata-se o pensamento de Constant, portanto, de fonte emblemática para a compreensão da leitura que o *Code* receberá nas décadas seguintes – e, a rigor, da ideologia predominante entre os que ocupavam lugares de poder (político e econômico) àquela época -, e que apreende a liberdade na clivagem entre o público e o privado, vincula a liberdade do particular à sua propriedade e a define na perspectiva de uma ausência de coerção – e, portanto, de uma liberdade negativa.

Por evidente que, à luz dessa ordem de idéias, o espaço privado não poderia ser pensado como vinculado à liberdade positiva. Ele acaba por ser definido na relação dicotômica que separa as esferas pública e privada, já constituída sobre uma base teórica que supera o jusnaturalismo setecentista e sedimenta os alicerces para a construção de um modelo político e jurídico que marca o século XIX.

A garantia desse espaço de liberdade negativa reside, como exposto, na lei. É

²³² HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994, p. 94.

ela que assegura o gozo pacífico da liberdade individual. É a lei que, assim, protege a propriedade individual e a liberdade de comércio, lugares de onde parte e nos quais se exerce mais plenamente essa liberdade dos modernos.

Assegura-se a todos, por meio da lei, a proteção de suas propriedades e a chancela do exercício de sua liberdade econômica – aí insere a liberdade nos contratos, como autonomia privada. Apresenta-se, pois, a garantia formal desse espaço de liberdade negativa.

Tem-se, ali, como exposto, uma liberdade tomada como abstração: a lei igual para todos os cidadãos assegura igual liberdade privada, com igual proteção à fonte primordial dessa mesma liberdade - qual seja a propriedade (daqueles que, obviamente, já são proprietários).

É esse o perfil que predominará na identificação de que liberdade se está a tratar quando da análise do Direito Civil do século XIX e início do século XX.

2.4 A LIBERDADE EM STUART MILL

A inserção do pensamento de Stuart Mill neste capítulo poderia, em um primeiro momento, causar estranheza por algumas razões. Uma delas poderia ser o fato de que se trata de um pensador do século XIX, situado no âmbito do que se pode qualificar como utilitarismo inglês, o que poderia ser reputado pouco afeito ao perfil de liberdade que influencia o Direito Civil Moderno da Europa continental.

Além disso, em sua obra mais conhecida, “On Liberty”²³³ – que é o marco teórico desta seção -, Mill deixa claro já no primeiro parágrafo que não está, ali, a tratar da autonomia da vontade, mas, sim, do que chama de liberdade social.

O pensamento desse autor aqui se coloca, todavia, como importante ferramenta de análise para reflexões que serão desenvolvidas ao longo da tese.

Há alguns fatores, porém, que permitem aferir a relevância do pensamento desse autor para o escopo da tese.

O primeiro dado relevante diz respeito ao fato de que o utilitarismo de Mill, no

²³³ MILL, John Stuart. **On Liberty**. New York: Barnes and Noble, 2007.

que respeita ao papel da liberdade, pouco tem a ver com o utilitarismo de Bentham, o que permite inserir Stuart Mill em uma corrente que se aproxima do liberalismo²³⁴ (e, nessa medida, coerente com a linha de raciocínio que se desenvolverá neste capítulo, na busca pela compreensão acerca da formação ideológica do perfil da liberdade no Direito Civil Moderno).

O segundo ponto a ponderar é que, apesar da advertência inicial formulada em “On Liberty”, Mill define o que denomina de liberdade social em termos que permitem qualificá-la, em parte, como liberdade negativa. Trata-se, nas palavras do autor, “da natureza e dos limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo”, ou seja, consiste na definição da extensão do espaço de liberdade negativa.

Trata-se, ainda, de uma concepção que, como ocorria com Benjamin Constant, afasta-se dos fundamentos jusnaturalistas sobre a liberdade. Com efeito, se o direito natural foi base relevante para a formação do pensamento liberal, a mudança de fundamento era essencial à manutenção da centralidade da liberdade em um momento histórico no qual as concepções jusnaturalistas entram em crise.

A liberdade em Stuart Mill pode ser compreendida, sobretudo, no exame daquilo que ele qualifica como um princípio “muito simples”, destinado a “governar de modo absoluto as relações da sociedade com o indivíduo no que tange à compulsão e ao controle, seja quando o meio usado é a força física na forma de sanções legais, seja como coerção moral da opinião pública”²³⁵:

*Esse princípio é que o único fim para qual se permite que a humanidade, individual ou coletivamente, interfira na liberdade de ação de qualquer dos seus membros é a auto-proteção. O único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano a outrem.*²³⁶

²³⁴ Patrick Hayden, na introdução à edição realizada por Charles W. Elliot, vai mais longe, ao afirmar que em “On Liberty” Stuart Mill traz o mais reconhecido argumento liberal em favor do valor da liberdade. HAYDEN, Patrick. Introduction to MILL, John Stuart. **On Liberty**. New York: Barnes and Noble, 2007, p. vi.

²³⁵ MILL, John Stuart. **On Liberty**, 2007, p. 11. (traduzimos)

²³⁶ MILL, John Stuart. **On Liberty**, 2007, p. 11. (traduzimos)

Não é difícil pensar nesse princípio em termos de liberdade negativa: há liberdade onde não há coerção. E essa coerção deve ser mínima, justificando-se apenas para evitar danos a terceiros.

A liberdade social a que se refere Mill é, portanto, nesse sentido, uma liberdade negativa. É pensada, ainda, de modo coerente com o universo teórico do liberalismo que vem sendo examinado *quantum satis* ao longo deste capítulo.

Há, todavia, interessantes repercussões extraídas pelo autor dessa forma de liberdade. Entre elas, destaca-se uma expressão que pode ser lida, ainda que pontualmente, como liberdade positiva – que, todavia, como se verá, não é apreendida como tal no que tange à sua expressão jurídica:

*O princípio requer liberdade de gostos e de inclinações; de formulação de um plano de vida a ser seguido conforme o caráter de cada um de nós; de fazermos que quisermos, sujeitos às consequências de nossos atos; sem impedimentos de terceiros, desde que não façamos nada que lhes prejudique, ainda que eles possam reputar nossa conduta como tola, pervertida ou errada.*²³⁷

Stuart Mill diferencia o que denomina de questões de moralidade social, que dizem respeito a deveres perante terceiros, de questões pertinentes apenas ao indivíduo (que poderiam ser qualificadas como questões de moral individual), não admitindo interferência da comunidade sobre estas últimas.

Cita diversos exemplos a esse respeito, muitos deles vinculados à liberdade de crença. Um dos mais polêmicos, e que pode ter pertinência para a presente tese, diz respeito à poligamia entre os mórmons. Embora formule um juízo crítico sobre essa forma de poligamia²³⁸, Mill critica intervenções da comunidade a respeito dessa opção individual. Trata-se, como se vê, de argumento que não se restringe a um “liberalismo de ocasião”, que prevalece entre os que afirmam a liberdade na propriedade e os “bons-costumes” e a “natureza” em matéria existencial.

Relevantes derivações podem ser extraídas do pensamento de Mill sobre

²³⁷ MILL, John Stuart. **On Liberty**, p. 15. (traduzimos)

²³⁸ Mill afirma que essa poligamia não é fundada, a rigor, em verdadeira liberdade, pois permite é permitida apenas para os homens, não admitindo a reciprocidade no que tange às mulheres. MILL, John Stuart. **On Liberty**. p. 104.

essa “liberdade social”: de um lado, a concepção do autor sobre os limites a esse poder pode ser lida, contemporaneamente, como relevante contribuição ao debate sobre a diversidade, no se refere à liberdade de realizar opções pessoais sem sofrer coerção decorrente de padrões de comportamento majoritários; de outro, essa mesma concepção acaba por ser reveladora de um lugar definido para essa liberdade, relegando-a à margem da liberdade juridicamente protegida, o que mais adiante será denominado (criticamente) na tese de “liberdade de auto-excluir-se da esfera de relevância jurídica”.

Evidencia-se no pensamento do autor saliente respeito pela tolerância, que pode ser compreendido como argumento para rechaçar imposições morais autoritárias (ainda que majoritárias) sobre aspectos da vida do indivíduo que digam respeito, sobretudo, à sua esfera privada.

De outro lado, porém, tratando-se de garantia, sobretudo, de liberdade negativa, esse pensamento acaba por ser apto a rechaçar imposições jurídicas que interfiram indevidamente nessa esfera, mas não é suficiente para assegurar proteção efetiva à liberdade vivida pelos indivíduos, na chancela de suas opções de vida. Não se pode reputar como ilícitas opções morais diversas daquelas pertinentes à maioria, mas, ao mesmo tempo, não se oferece efetiva juridicidade a essas opções, como fontes de direitos ou de deveres.

A análise de Mill permite tanto pensar em um passo adiante na reflexão jurídica sobre a liberdade, como, simultaneamente, permite compreender como um discurso de tolerância ao pluralismo pode se reduzir a uma chancela de liberdades privilegiadas, ou seja, de liberdades efetivamente protegidas pelo direito, deixando à margem as liberdades apenas toleradas.

É de especial importância, como se percebe, problematizar essas questões como ferramentas de análise de possíveis leituras sobre a liberdade no âmbito do Direito de Família, e de suas substanciais diferenças em relação à liberdade nas situações patrimoniais.

Daí porque, embora situado em contexto diverso daquele em que se edifica o Direito Civil da Europa continental, e apesar de afirmar que seu objeto não é a autonomia da vontade, a concepção de Mill sobre a liberdade social serve, ao mesmo tempo, para circunscrever o lugar em que a autonomia da vontade pode se

exercer – no interior dos limites do que se pode denominar liberdade negativa – e para a construção de ferramentas conceituais que propiciem a crítica ao perfil da liberdade engendrado nas codificações oitocentistas (e a partir delas).

O próximo passo nesse itinerário que visa a propiciar a compreensão da relação entre liberdade e autonomia privada no Direito Civil Moderno consiste no exame específico das repercussões que o universo teórico acima examinado enseja na seara jurídica, notadamente na doutrina e nas codificações civis oitocentistas. Essa análise é o objeto do capítulo seguinte.

3 LIBERDADE, RACIONALISMO E AUTONOMIA PRIVADA

O caráter plural que emerge da análise do(s) significado(s) da liberdade permite chegar a uma conclusão preliminar: inexistência de possibilidade coerente de se falar sobre a liberdade sem a identificação de qual (ou de quais) significado(s) a ela se está a atribuir. Mais que isso: indispensável para qualquer investigação que pretenda avançar seriamente na compreensão do perfil da liberdade em determinada seara é que se contextualize espaço-temporalmente o lugar em que essa liberdade será analisada e adquirirá sentido.

Assim, não se trata de saber o que seria a liberdade “em si”, mas, sim, em que consiste a liberdade em determinado contexto e sob a ótica de um determinado saber – e, por isso, se trata de uma investigação de caráter epistemológico, mais do que sociológico, sem, todavia, ignorar que a dimensão epistemológica não pode vir desgarrada do estado do saber à luz do qual o objeto será construído e analisado.

Pretende-se, pois, compreender o significado e o perfil da liberdade no Direito Civil Moderno²³⁹, assim tomado como aquele que se forja entre os séculos XVIII e XIX, perdurando até o início do século XX²⁴⁰. A tarefa, mesmo assim, não se mostra simples.

O sentido da liberdade nesse Direito Civil não é, também, passível de compreensão unívoca, de plano identificável. Ao contrário, a sua apreensão somente se faz possível com um conjunto de mediações que permitem entender a passagem das concepções Liberais a respeito da liberdade para o interior do discurso jurídico: ou seja, como o discurso jurídico apreende e ressignifica a liberdade conforme sua própria racionalidade, na seara da disciplina das relações inter-privadas.

Uma dessas mediações é a que se pretende construir no capítulo 2, por meio da análise da relação que se forma entre um perfil da liberdade e a propriedade

²³⁹ A opção terminológica por Direito Civil Moderno foi objeto de explicação na Parte I deste trabalho.

²⁴⁰ Em termos estritamente cronológicos, uma vez que a temporalidade histórica não atende necessariamente ao fluir dos calendários. Não se olvide do enfoque de Hobsbawm, para quem o século XX somente se inicia com a primeira guerra mundial (HOBSBAWM, **A Era dos Extremos: O breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995). À luz dessa temporalidade não necessariamente cronológica, a referência se restringiria aos séculos XVIII e XIX.

individual. A definição do individualismo proprietário se mostrará como ferramenta útil à compreensão dessa passagem da liberdade como conceito filosófico para a sua expressão jurídica. Não é, todavia, a única mediação de que se lançará mão.

Essa passagem demanda o recolher das fontes, por vezes, até mesmo (ainda que em parte) contraditórias, que desembocam na construção da expressão jurídica da liberdade no Direito Civil Moderno.

É o que se buscará efetuar no capítulo 3, principiando por dissecar o conceito aparentemente “dado” com que, não raro, se supõe esgotar a expressão da liberdade no Direito Civil: a autonomia da vontade.

Portanto, se o capítulo 2 visava a identificar o lugar da liberdade do indivíduo Moderno – a propriedade privada (e o seu perfil predominante: liberdade negativa tomada como abstração) - no capítulo 3 o que se pretende é, efetivamente, investigar a repercussão que essa liberdade gera para o Direito Civil, com a compreensão do perfil predominante por ela assumido, sobretudo no século XIX.

Somente pela compreensão de qual era o perfil da liberdade jurídica do modelo de Direito que a funcionalização típica do século XX pretendia superar é que se pode cogitar de uma nova concepção de liberdade que faça sentido no âmbito de uma renovada dimensão funcional contemporânea.

As mediações necessárias a esse mister residem em, ao menos, dois pontos: a relação entre liberdade e racionalismo – que contribuem para constituir seu perfil formal – e a tensão entre liberdade positiva e liberdade negativa.

Para atingir esse escopo, partir-se-á de um exame da expressão jurídica da liberdade privada na formação das codificações civis oitocentistas na sequência de seu desenvolvimento doutrinário ao longo do século XIX.

Trata-se de situar historicamente a qualificação da liberdade dos privados como autonomia da vontade, localizando alguns dos seus fundamentos e apontando algumas de suas repercussões.

Isso importa na problematização de alguns dos seus fundamentos – ou daquilo que, *a posteriori*, se colocou como fundamento. Daí porque se pretende examinar a compreensão kantiana sobre a autonomia da vontade, sua crítica, bem como a própria crítica à apropriação apenas parcial que se fez dessa doutrina – e de

como ela foi despida de seu conteúdo ético.

É essencial, nessa busca pelo que se coloca na seara dos fundamentos, investigar o papel que essa reflexão encontra no pensamento de Portalis, Savigny, Puchta, Windscheid, entre outros (cada qual com sua própria base teórica e com sua própria inserção espaço-temporal), de modo a aferir o que está na base daquilo que se compreenderá como a liberdade no *Code* e no BGB (ainda que a influência do pensamento de Savigny seja, nesse ponto, mediata, cabendo examinar, paralelamente, o que a esse respeito viria a ser construído pela escola Pandectista (e o mesmo se diga sobre a relação entre o pensamento de Portalis e a leitura que seria realizada posteriormente pela Exegese).

Analizados esses fundamentos, passa a ser possível entender – também à luz do que se desenvolverá no capítulo 2 – porque se pode qualificar a autonomia privada (sobretudo no século XIX) como liberdade como abstração em um espaço de liberdade negativa. Também serão apontadas algumas das repercussões que esse perfil acaba por ensejar, sobretudo nas searas da propriedade e do contrato.

Por derradeiro, pretende-se problematizar os limites que esse perfil de liberdade acaba por ensejar, sobretudo na relação – e na tensão – entre liberdade e proteção jurídica. Princípie-se, pois, pelo exame da configuração assumida pela liberdade dos particulares em suas relações interprivadas no Direito francês entre o final do século XXIII e o século XIX. Trata-se, como se verá, de uma clara manifestação do universo de valores acerca da liberdade privada construídos desde o século XVII, como examinados no capítulo anterior.

3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE EM PORTALIS E NA DOUTRINA FRANCESA DO SÉCULO XIX

A primazia que pode ser atribuída à propriedade na lógica que informa o Direito Civil francês do século XIX define não apenas o lugar privilegiado do exercício da liberdade individual à luz daquela racionalidade, mas, também, é reveladora do perfil que essa liberdade adquire.

Se a propriedade é direito absoluto, também a liberdade, tomada como autonomia da vontade, encontra limites bastante tênues.

A enunciação expressa presente no artigo 6º do *Code* a respeito da impossibilidade de as convenções derogarem normas que interessem à ordem pública e aos bons costumes demanda uma contextualização acerca do que se podia entender acerca desses limites – e de como o caráter tênue e o conteúdo incerto de tais limites acabam por restringir sua incidência, convertendo a autonomia da vontade no grande princípio vetor (ao lado do princípio proprietário) daquele sistema de Direito Civil.

A análise do pensamento de Portalis sobre a matéria pode ser reveladora de uma origem possível dessa racionalidade sobre a autonomia.

Mais relevante, todavia, talvez seja examinar como Portalis e a doutrina que a ele se seguiu compreendia esse princípio e seus limites – bem como disso aferir, se possível, eventuais repercussões dessa leitura e, quiçá, como e se essa liberdade possuía alguma relação com a dimensão funcional desse modelo de Direito Civil (o que será desenvolvido no título II).

Segundo Jean-Louis Halpérin, Portalis não teria uma compreensão sobre a autonomia da vontade e dever moral pautada nem no utilitarismo nem no racionalismo kantiano, pois afirmava sobretudo o “dever moral” como fundado sobre o “sentimento e o instinto”²⁴¹. Isso que não significa, porém, qualquer desprezo à razão humana: o próprio autor, como se observará adiante, rende homenagem à liberdade que se exercemos “ao fazermos uso de nossa própria razão”.²⁴²

A própria denominação “autonomia da vontade” é alheia à construção teórica de Portalis, embora em passagens freqüentes haja a referência à relevância central da vontade individual, como se observará na sequência.

A liberdade que se pode aqui entender, portanto, como pertinente à vontade individual – e, nessa medida, ainda que não sendo assim denominada, pode ser entendida, efetivamente, como autonomia da vontade²⁴³ - é, sobretudo, definida em termos de liberdade negativa. Mais uma vez a definição de Portalis é útil à

²⁴¹ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, 108.

²⁴² André Jean-Arnaud, sem embargo, não hesita em qualificar o perfil de liberdade individual que Portalis e os demais elaboradores do Código Civil inserem na codificação como “racionalista”. ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 213-214.

²⁴³ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 213-214.

compreensão do que se está a explicitar: “*La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe pas. On regarde comme permis tout ce qui n’est pas défendu*”.²⁴⁴

Como se observa, essa liberdade individual fundada na vontade é pensada como liberdade de fazer o que a lei não proíbe. Com efeito, não supõe Portalis uma liberdade sem limites: não se pode, diz ele, ser livre contra as leis, mas, sim, por meio da própria lei.²⁴⁵

Daí se pode compreender a disposição do artigo 6 do *Code*, que prevê que ninguém pode derogar por convenções particulares as normas que interessam à ordem pública e aos bons costumes.²⁴⁶ Não se pode, porém, entender “ordem pública” com a extensão que se lhe atribui a doutrina contemporânea. As restrições que circunscrevem o espaço de liberdade negativa pressupõem um espaço bastante alargado de prevalência da vontade individual - sobretudo, como se verá, no âmbito do contrato e da propriedade.

Nesse sentido, há na obra de Portalis claro indicativo de que os limites ao que se pode denominar de autonomia da vontade eram reputados excepcionais e de como se atribuía um carácter abstrato a essa liberdade assegurada entre cidadãos iguais. Destaca-se, assim, a seguinte afirmação constante do “Discurso Preliminar”:

*On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition.*²⁴⁷

²⁴⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

²⁴⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L’âme universal de la legislation. In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil**: La raison du législateur. Paris: Flammarion, 1989, 276.

²⁴⁶ “Art. 6 On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et bonnes moeurs.”

²⁴⁷ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

Essa relação entre liberdade e legalidade pressupõe, como se vê, um Estado reduzido no que tange às suas funções perante os entes privados. Trata-se de reconhecer que, com funções estatais restritas, menores são as restrições que podem ser impostas sob o argumento da ordem pública. A lei tem aí um sentido muito mais vinculado à proteção intersubjetiva da liberdade dos indivíduos racionais, assim entendida como fundada na vontade humana. Daí o significado dos limites que circunscrevem essa liberdade negativa: a liberdade de um indivíduo é protegida pela lei, sendo esta, portanto, limite à liberdade do outro. Ambas essas liberdades são formalmente asseguradas pela lei.

Os limites impostos pela ordem pública, a seu turno, não podem ser compreendidos a partir de concepções contemporâneas a esse respeito. A afirmação de que “governa-se mal quando se governa muito” tem, aqui, um sentido de evidente restrição da atividade estatal no que diz respeito às atividades privadas – o que é coerente com a “liberdade dos modernos”, antes referida quando do exame do pensamento de Benjamin Constant.

A compreensão sobre o valor da vontade do indivíduo livre na lógica do Código Civil francês de 1804 se torna ainda mais clara quando se tem em conta que a liberdade tem estreita vinculação com a propriedade.

O indivíduo é livre por meio da lei, e esta tem como *leitmotiv* a propriedade. Ou, de modo mais contundente, a propriedade é a “alma universal da legislação”, nas palavras de Portalis. O autor qualifica a propriedade como aquilo que funda as sociedades modernas. Refutando a opinião roussoniana de que a propriedade seria a origem das desigualdades, afirma que estas são naturais, uma vez que os homens não são iguais em força, nem talentos e capacidade de trabalho, o que se reflete na sociedade – eximindo, assim, o “sagrado” direito de propriedade de tal responsabilidade.²⁴⁸

Merece transcrição e análise passagem do discurso em que se inserem todos os argumentos anteriores, e que revela, além de uma vinculação entre propriedade e liberdade, instigante referência ao “bem comum”.

²⁴⁸ Todas as afirmações desse parágrafo estão em PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L'Âme universelle de la législation. In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil** : La raison du législateur. Paris : Flammarion, p. 271 a 275.

Aussi vous vous empresserez, législateurs, de consacrer par vos suffrages le grand principe de la propriété, présenté dans le projet de loi comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. mais comme les hommes vivent en société et sous des lois, ils ne sauraient avoir le droit de contrevenir aux lois qui régissent la société.(...) La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous. Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles. On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.²⁴⁹

É de se ponderar sobre a que Portalis estaria a fazer referência quando afirma que deve haver uma “composição entre os interesses dos indivíduos e o bem comum”. Esse mesmo conceito “bem-comum” é empregado pela Constituição alemã de 1919 (a “Constituição de Weimar”) ao definir que “a propriedade obriga”, em comando normativo que é reputado como em oposição com a noção individualista de propriedade que seria herdada da codificação francesa, o que torna bastante instigante a sua presença nas origens da norma do *Code* a respeito do direito de propriedade.

Deve-se ter em conta que a noção de bem-comum é, a rigor, de tal modo aberta e permeada por incertezas que sua afirmação pode ser interpretada de modos diversos. Além, disso – e, quiçá mais importante – é que o conteúdo do bem comum é construído historicamente. Não se pode atribuir a uma sua referência no início do século XVIII o mesmo sentido que a ele pretendia oferecer a Constituição de Weimar nem, tampouco, os significados (múltiplos) que pode adquirir contemporaneamente.

Ainda que aquilo que o legislador francês de 1804 reputava como pertinente ao bem-comum – e, nessa medida, como limite à liberdade (e, portanto, à autonomia da vontade) na propriedade – integre, ainda hoje, o âmbito dos limites ao direito de propriedade, deve-se admitir que, contemporaneamente, o espaço do que pode ser

²⁴⁹ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L'Âme universelle de la législation. In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil** : La raison du législateur. Paris : Flammarion, p. 276.

considerado como integrante do conceito é mais amplo.

Assim, Portalis se pergunta qual seria o poder que o Estado teria sobre os bens particulares – sob o fundamento do bem-comum. Afinal, prossegue citando Sêneca, “ao cidadão pertence a propriedade e ao soberano o império”. Cita, ainda, Bobemer, reforçando de modo inequívoco a vinculação entre propriedade e liberdade:

la libre et tranquille jouissance des biens que l'on possède est le droit essentiel de tout peuple qui n'est point esclave ; que chaque citoyen doit garder sa propriété sans trouble ; que cette propriété ne doit jamais recevoir d'atteinte, et qu'elle doit être assurée comme la Constitution même de l'État.²⁵⁰

Daí o caráter bastante restrito das possibilidades de o Estado impor limites ao proprietário. Tais limites se definem, porém, ante a necessidade de que o interesse privado do proprietário não entre em colisão com o interesse público. Embora, segundo o autor, a liberdade deixada ao cultivador e ao proprietário gere grandes benefícios e pequenos malefícios - o que o lhe permite concluir que o interesse público está em segurança quando na figura do proprietário livre tem um aliado, não um inimigo – os limites podem se impor quando o uso da propriedade prejudica o “interesse geral”.²⁵¹

Por isso, os limites devem existir em matérias afeitas “a minas, florestas e em outros objetos semelhantes”. Também se justificariam intervenções limitativas pertinentes aos “planos gerais da administração pública” a respeito do direito de construir, bem como “à regularidade e à beleza das fachadas” dos edifícios urbanos. Além disso, devem os proprietários se submeter às necessidades da atividade de polícia na garantia da segurança comum. Nessas hipóteses, “todas as vontades

²⁵⁰ Em tradução livre, “o gozo livre e tranquilo dos bens que alguém possui é o direito essencial de todo povo que não é posto escravo; que cada cidadão deva manter sua propriedade sem incômodo: que essa propriedade jamais venha a sofrer atentados, e que ela deve ser assegurada como a própria Constituição do Estado”. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L'âme universelle de la législation. In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil** : La raison du législateur. Paris : Flammarion, p. 277.

²⁵¹ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L'âme universelle de la législation. In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil** : La raison du législateur. Paris : Flammarion, p. 281.

particulares devem se submeter à grande idéia de bem público”.²⁵²

Do exposto, pode-se concluir que no pensamento de Portalis (a) existe forte vinculação entre liberdade e propriedade; (b) essa liberdade tem por base a vontade individual, com fundamentos jusnaturalistas; (c) trata-se de liberdade negativa, que se encontra nos limites da lei; (d) esse limites se impõem externamente com fundamento no bem-comum, todavia, são tão restritos quanto as funções do Estado perante as relações privadas ao início do século XIX.

A vinculação entre propriedade e liberdade, bem como a compreensão da liberdade na forma do que se poderia denominar de autonomia da vontade residem, como se pôde observar, na base que informa as concepções teóricas que imantaram a elaboração do Código Civil francês.

Para além da análise que recolhe os fundamentos que pautam a elaboração do Código Civil francês, importantes leituras a respeito desse diploma legal também marcam o perfil ideológico de que está imantada boa parte das interpretações levadas a efeito no século XIX.

Cabe, a esse respeito, citar a referência de Halpérin a Demolombe e Troplong, na afirmação veemente destes dois últimos acerca da prevalência da soberania da vontade livre em matéria contratual:

*A propósito do direito das obrigações, os civilistas franceses (que falam, portanto, da autonomia da vontade pelo final do século XIX) consideravam que o Código de Napoleão é fundado sobre o poder da vontade individual, e dão como exemplos a formação dos contratos, a transferência ‘solo consensu’ da propriedade ou a responsabilidade por culpa. Fundando-se no Código Civil, Demolombe rejeita toda idéia de lesão a propósito dos salários e sustenta que ‘eles pertencem soberanamente’ à ‘livre vontade’ das partes em decidir as cláusulas do contrato. Em seu tratado ‘Des donations entre vifs et des testaments’ (1855), Troplong escreveu que o Código Civil ‘é uma base fundamental na nossa liberdade civil’, e que ele ‘faz prevalecer as articulações mais liberais’ contra ‘a intervenção usurpadora do Estado’. O liberalismo, de tal modo, penetrou, quase imperceptivelmente, nas interpretações das disposições do Código Civil sobre os bens e as obrigações.*²⁵³

²⁵² PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. L’âme universelle de la législation. Op. Cit., 281-282.

²⁵³ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 94.

Observa-se que a referência principal que aqui emerge é a não intervenção do Estado, com a afirmação de uma soberania da vontade individual. Na citação específica de Demolombe, a restrição ao emprego da figura jurídica da lesão, que vem em homenagem à liberdade de pactuar as cláusulas do contrato é reveladora de quão restritas eram as noções de ordem pública e bons costumes no que tange às suas possibilidades de definição de efetivos limites ao exercício e, mesmo, às consequências do exercício da autonomia da vontade.

O mesmo Demolombe era um crítico da possibilidade de se afirmar restrições aos direitos do proprietário em nome de um suposto abuso de direito, precisamente por identificar a propriedade individual do Código Civil como a própria liberdade – o que revela claramente sua vinculação com o pensamento de Locke, antes referida.²⁵⁴

Conforme François Niort, Troplong entendia a propriedade como “o mais essencial e o mais sagrado” de todos os direitos. Demolombe, a seu turno, insurgia-se contra os “sofistas insensatos” que ousavam por em questão o caráter mais absoluto da propriedade que “foi o próprio Deus quem criou o direito de propriedade”. O mesmo Niort identifica uma grande proximidade entre o pensamento desses autores e o de Portalis.²⁵⁵

Se Voltaire afirmava no século XVIII que “*propriété et liberté: c’est le cri anglais*”, pode-se dizer que no século XIX esse se tornou também o “grito francês”.

Tudo isso permite compreender o quão tênues eram, na efetividade da hermenêutica que se fez do Código Civil de 1804, os limites impostos pela “ordem pública” e pelos “bons costumes”. Estes últimos, por certo, têm influência extremamente relevante quando se trata de matéria de família, sendo o fio-condutor em que se pauta a concepção legislada no *Code*.

Não se pode, porém, apontar a mesma influência no tocante aos contratos e à propriedade. Se na família a liberdade era a todo tempo balizada – e, a rigor, tolhida – pelo argumento dos costumes e da natureza, no que se refere à liberdade contratual do indivíduo proprietário há a prevalência de uma ordem de idéias que

²⁵⁴ HALPERIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 93-94

²⁵⁵ NIORT, François. **Les Portalis et l’esprit du XIX^e siècle**. Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques. N. 42. Paris : PUF, 2005, p. 114.

minimiza a incidência de limites, que se tornam mais retóricos do que efetivos.

Como se vê, portanto, o “lugar” da liberdade do indivíduo é situado no âmbito da propriedade individual, o seu conteúdo é pautado na vontade individual e sua conformação se aproxima do que se pode denominar de liberdade negativa, a qual, a seu turno, oferece – no que diz respeito às relações de natureza patrimonial – amplo espaço para a prevalência da vontade individual.

Daquilo que até aqui se examinou é possível confirmar que, no momento histórico e no universo jurídico a que se está a fazer referência, a liberdade dos indivíduos no Direito Civil tem como expressão fundamental a autonomia da vontade. Embora essa denominação (autonomia da vontade) não seja, como exposto, empregada pela doutrina francesa do início do século XIX nem pelo *Code*, pode-se afirmar que ambos estão imantados pelo dogma da vontade individual, como sentido atribuído à liberdade humana no âmbito do direito das obrigações – ou seja, da dimensão dinâmica da propriedade, como trânsito jurídico.

A análise formulada por André-Jean Arnaud é de grande pertinência na adequada compreensão do que se está a examinar. O ponto de partida desse exame está no artigo 1134 do *Code*, no qual Arnaud identifica a expressão mais relevante da autonomia da vontade naquele diploma legal:

Art. 1134 - Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

O artigo 1134 é revelador de aspecto pertinente à autonomia da vontade que, até aqui, nesta seção, não havia sido examinado, mas que complementa o que se pode compreender como o perfil da liberdade individual no Código Civil francês – e, a rigor, no Direito Civil oitocentista: trata-se da proteção jurídica da autonomia da vontade também como liberdade positiva. Os contratantes que manifestam suas vontades livres (voluntarismo jurídico), nos limites legais (liberdade negativa), no que tange aos seus interesses privados (sobretudo em sua propriedade como lugar privilegiado da autonomia da vontade) têm o regramento que deflui esse exercício de liberdade protegido pela ordem jurídica como lei para aqueles que contrataram.

Jean Carbonnier também identifica o conceito de autonomia da vontade nos termos descritos no artigo acima referido:

*C'est une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation: si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contract, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contract est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat*²⁵⁶.

Não se trata, pois, tão-só, de afirmar que o ato de vontade praticado é lícito por não contrariar o que é proibido: trata-se de dizer que o ato é lícito e que, além disso, é apto a ser reconhecido pela ordem jurídica como fonte de normatividade.

Os contratantes são senhores dos seus interesses privados, e definem, por suas vontades, os rumos desses interesses. Além disso, tais rumos, uma vez definidos pelas partes, são cancelados pelo direito, que oferece força de lei ao que defluiu desse exercício de liberdade. O ato livre não apenas é lícito mas, também, obriga as partes que livremente o praticaram.

Arnaud qualifica, porém, essa disposição legal, como fundada em um paradoxo, uma vez que ao mesmo tempo em que afirma o dogma da vontade, o submeteria aos requisitos legais de conformação dos contratos. Além disso, afirma que o que decorre da vontade tem força de lei, o que seria também paradoxal, uma vez que se a vontade se submete à lei, não se poderia compreender como ela própria poderia ser uma lei.²⁵⁷

Segundo o autor, entretanto, Domat reconduz a autonomia da vontade ao princípio da liberdade, o que permitiria mitigar o paradoxo. Conforme Domat, a liberdade de agir juridicamente seria a grande característica do homem. Os indivíduos teriam conservado a liberdade natural, que consistiria no direito de fazer aquilo que não é proibido pela lei ou que um ato de violência não o impede de fazer.²⁵⁸

À luz dos conceitos analisados no capítulo 1, pode-se entender essa

²⁵⁶ CARBONNIER, Jean. Droit Civil. 4. **Les Obligations**. Paris: PUF, p.16

²⁵⁷ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 209-210.

²⁵⁸ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 210.

afirmação de Domat como a apreensão tanto do conceito de liberdade positiva como de liberdade negativa: pode a autonomia da vontade ser pensada como liberdade positiva exercida em um espaço de liberdade negativa.

Assim, é pertinente a afirmação de André-Jean Arnaud, de que:

*L'article 1134 du Code Civil, dans son premier alinéa, est le produit de la rencontre entre deux courants extérieurs à la pure technique juridique, deux courants rationalistes : le courant issu de la recherche théologique et canonique, et le courant volontariste moderne. L'un et l'autre exaltaient la liberté et la volonté propres de l'homme. Il était inévitable que ces données, appliqués au domaine des obligations, se traduisent par le principe dit de l'autonomie de la volonté.*²⁵⁹

Arnaud conclui a análise do tema afirmando que a expressão da teoria pertinente à autonomia da vontade propriamente dita, com essa denominação, e a “criação das ficções necessárias para sustentá-la” foram elaboradas sobretudo pelo kantismo e pela *Willenstheorie* alemã do século XIX, mas que o princípio propriamente dito já estava presente no artigo 1134 do Código Civil francês.

Impende, nessa esteira, examinar essas construções teóricas a que Arnaud faz referência, para aferir em que medida elas efetivamente contribuem para a fundamentação do que se denomina de autonomia da vontade.

3.2 A FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DA AUTONOMIA DA VONTADE E A *WILLENSTHEORIE* NA DOUTRINA ALEMÃ DO SÉCULO XIX

A relevância do pensamento kantiano para a compreensão da liberdade dos privados no Direito é, a rigor, derivada da apreensão jurídica de um conceito construído pelo filósofo no campo da moral: trata-se da autonomia da vontade.

Nada obstante o debate acerca da existência ou não de influência direta da autonomia da vontade kantiana sobre a compreensão de autonomia da vontade no Direito, o que será aqui problematizado, o caráter formal da autonomia kantiana já justificaria, por si só, o seu exame na tese, como expressão de uma liberdade como

²⁵⁹ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 213-214.

abstração – ainda que como liberdade positiva, sob um certo viés. Além disso, sendo expressão das mais relevantes do racionalismo Moderno, é a obra de Kant elemento indispensável para compreender os fundamentos da liberdade nessa vertente de pensamento.

O primeiro aspecto que merece ser levado em consideração é que a autonomia da vontade em Kant é pertinente à razão prática pura. É, pois, uma liberdade interna constituída no âmbito da razão transcendental.

É uma liberdade negativa, pois não é possível conhecer sua essência. Mas acaba por ser, também, liberdade positiva, como esclarece o filósofo:

Que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para ela mesma? Mas a proposição: a vontade é em todas as suas ações lei para si mesma, caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa.²⁶⁰

É daí que se compreende tanto a autonomia da vontade como o agir autônomo do sujeito moral racional.

O agir autônomo é aquele que se pauta no imperativo categórico racional - ou seja, o imperativo de agir de tal modo o indivíduo racional autônomo possa pretender que sua conduta se eleve à condição de regra universal.

Portanto não preciso de possuir grande perspicácia para saber o que devo fazer, a fim de que minha vontade seja moralmente boa. Mesmo que me faleça a experiência das coisas do mundo, e me sinta incapaz de enfrentar todos os acontecimentos que nele se produzem, basta que a mim próprio pergunte: Podes querer que também tua máxima se converta em lei universal? Se isso não for possível, deve a máxima, ser rejeitada, não precisamente por causa de algum dano que daí possa resultar para ti ou também para outros, mas porque ela não pode ser admitida como princípio de uma

²⁶⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 81.

*possível legislação universal.*²⁶¹

Assim o indivíduo pode determinar moralmente – e autonomamente – a sua conduta, encontrando na razão a sua única lei. A autonomia da vontade racional é o princípio da lei moral.

É nessa medida que a vontade racional é autônoma: o indivíduo é livre quando obedece a lei moral, que é universal, porque racional (a razão kantiana é universal), mas não parte da exterioridade do sujeito, mas, sim, da sua própria razão. Nas palavras de Kant:

*O conceito da liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade. A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela possa ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la.*²⁶²

Por isso pode-se dizer que a autonomia da vontade kantiana diz respeito à vontade que determina a si mesma,²⁶³ pois essa vontade é aquela pertinente à lei moral racional que independe de condicionamentos exteriores à própria razão.

Trata-se, como é possível facilmente observar, de uma autonomia da vontade que é pensada no âmbito da moral, e não propriamente do Direito.

No âmbito do Direito haveria uma “liberdade externa”, que não se confunde com a autonomia da vontade moral, e que pode ser compreendida como não-impedimento: ou seja, como uma liberdade negativa. Caberia ao Direito, por meio da coerção, permitir a coexistência dessas esferas de “não-impedimento”, de modo que o limite à liberdade de um indivíduo será a liberdade do outro.²⁶⁴

²⁶¹ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Disponível em <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml> . Acessado em 6 de maio de 2009.

²⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 79.

²⁶³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: UNB, 1995, p. 62.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: UNB, 1995, p. 74.

De qualquer sorte, Kant identifica, ante a autonomia racional, a existência de um “direito de ser livre”, uma esfera na qual ele possa se expressar autonomamente.²⁶⁵ Eis o espaço em que se pode ponderar sobre a possibilidade de identificação da autonomia da vontade no âmbito privado.

É certo, contudo, que a definição dessa dualidade entre liberdade jurídica e autonomia da vontade moral torna controversa a existência ou não de influência efetiva do pensamento kantiano na conformação jurídica da autonomia da vontade no Direito Civil. As posições doutrinárias sobre o tema são díspares, como se observará.

Francisco Amaral afirma explicitamente a existência de uma matriz kantiana na autonomia da vontade no Direito ao assim discorrer:

*(...) E o negócio jurídico, como instrumento dessa vontade, firmava-se como consequência do princípio político da autonomia privada, considerada a fonte e medida dos direitos subjetivos, força criadora do direito, enfim. E na esteira das idéias filosóficas de Hobbes e Rousseau, que contrapunham os direitos individuais aos do Estado e das corporações, Emmanuel Kant confere ao dogma da vontade a sua formulação mais precisa e categórica, ao estabelecer que a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica.*²⁶⁶

Ao mesmo tempo, porém, ao definir a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada ressalta um caráter mais subjetivo da primeira, “como manifestação da liberdade individual no campo do direito”, ao passo que a autonomia privada seria “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico.”²⁶⁷

Rodolfo Sacco, porém, afirma categoricamente que autonomia da vontade no Direito nada tem a ver com autonomia da vontade em Kant, consistindo a expressão jurídica em um termo adaptado para qualificar as normas individuais cuja criação é concedida pelo ordenamento jurídico – e, nessa medida, não se confundindo com a

²⁶⁵ SANTORO, Emilio. **Autonomy, Freedom and Rights**: A critique of liberal subjectivity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 16.

²⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.

²⁶⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**, p. 383.

“qualidade do querer”, como o autor define a autonomia da vontade kantiana.²⁶⁸

Salvatore Pugliatti, a seu turno, problematiza a relação entre o conceito filosófico kantiano e o conceito jurídico de autonomia da vontade. Afirma que em Kant a vontade é autônoma quando se determina em virtude de sua própria essência, sendo a autonomia, nesse sentido, uma qualificação analítica ou uma explicação discursiva da própria essência da vontade. Assim, qualquer ente que seja privado dessa qualidade seria qualificado no campo da heteronomia.

Ao referir-se ao problema da transposição dessa ordem de idéias para o Direito, afirma (com evidente referência à relação entre liberdade e autoridade e, portanto, entre autonomia e heteronomia):

La trasposizione di questa riflessione liminare nel campo del diritto dà luogo al problema dei rapporti tra la volontà e la norma, e genera le due fondamentale tendenze, l'una polarizzata verso il primo termine (tendenza subbiettiva) e l'altra verso il secondo (tendenza obbiettiva).²⁶⁹

Na mesma esteira, vem Joaquim de Sousa Ribeiro, que afirma que, a rigor, a suposta inspiração para a relação entre autodeterminação e livre iniciativa econômica – e, poderíamos dizer, nessa medida, para a configuração jurídica da autonomia da vontade – é, a rigor, uma relação de antípodas.

A autonomia da vontade kantiana, precisamente por se definir como vontade que determina a si mesma conforme o imperativo categórico, não seria compatível com a concepção essencialmente finalística pertinente à atividade econômica, pois se refere a fins concretos, objetivos, pertinentes a objetos do mundo exterior e ao interesse pessoal de quem os persegue (e não à ética universal do imperativo categórico).

Sousa Ribeiro leciona, sobre o tema que “se a ordem jurídica é uma forma de limitar e compatibilizar os arbítrios individuais, não de determinar seu conteúdo, é-o para propiciar a cada pessoa um espaço livre de determinação de sua autonomia

²⁶⁸ SACCO, Rodolfo. **Autonomia nel diritto privato**. In: Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Vol. I. Torino: UTET, 2004, p. 517.

²⁶⁹ PUGLIATTI, Salvatore. Autonomia Privata. In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 367.

ética”.²⁷⁰

Ou seja: o espaço reservado pelo direito à liberdade dos indivíduos não é pensado em Kant como autonomia da vontade nos termos, por exemplo, do direito francês do início do século XIX. É um espaço pertinente à autonomia moral, que não é particular, é universal; não se refere a fins específicos atinentes a interesses particulares e a necessidades objetivas, mas sim à conduta moralmente determinada pelo imperativo categórico; não trata de uma vontade contingente, mas de uma vontade que determina a si mesma conforme a razão universal.

Como se vê, o emprego do pensamento kantiano para fundamentar a autonomia da vontade em um âmbito jurídico no direito não se faz sem deturpação do pensamento de Kant.

Mais uma vez cabe citar a lição de Sousa Ribeiro sobre o assunto, referindo-se à autonomia da vontade situada no âmbito patrimonial, como construída no Direito Civil do século XIX:

E estando sobretudo em causa a ordem dos bens, ter autonomia é ter o poder de os transaccionar no mercado, é ter liberdade de os usufruir e alienar a bel-prazer, sem obstruções levantadas pelo ordenamento, mas também sem a obrigação de determinação da vontade pelos princípios da razão – daí que KERSTING (Wohlgeordnete Freiheit, 46-47), considere a liberdade do liberalismo como duplamente negativa, constituindo uma esfera de ação livre, não só da intervenção estatal, mas também de exigências éticas. E relembre-se que, para KANT, pelo contrário, “a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom” – Fundamentação, 47). Perdida essa denotação positiva, desembocaríamos no conceito técnico-jurídico da autonomia privada (cfr. KNIEPER, ZRP 1971, 62: “A moralidade imanente ao conceito idealista de autonomia é riscada a favor da autonomia ‘privada’”), ou seja, o poder de determinar consequências jurídicas e, designadamente, de dispor livremente dos bens, através de um acto preceptivo de vontade própria.²⁷¹

Porém, como exposto, parte da doutrina aponta, mesmo que em releitura da filosofia kantiana, a influência do pensador na formação do que se

²⁷⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 25-26.

²⁷¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

denomina de autonomia da vontade no Direito. De modo especial, costuma-se apontar a obra de Kant como a base filosófica da *Willenstheorie* alemã.

Judith Martins-Costa, por exemplo, em referência que pode ser compreendida como abarcando as construções européias sobre a autonomia da vontade no século XIX, afirma que:

*No século XIX, juristas, sociólogos e filósofos, em especial Kant, largamente difundido na França por Fouillé, assentam a teoria da autonomia da vontade, logo transmutada em dogma de largo espectro, complexa compreensão e difícil ultrapassagem, uma vez que ainda hoje projeta, na mentalidade jurídica, os seus efeitos.*²⁷²

A *Willenstheorie* é relevante objeto de estudo na conformação do perfil dessa liberdade no Direito Civil, especificamente no modelo alemão do século XIX – e, por consequência, de sua indisfarçável repercussão na doutrina e na legislação civis de outros países, inclusive o Brasil, em seu Código Civil de 1916.²⁷³

O que aqui se pretende, embora o cerne da teoria a ser examinada seja uma prevalência da vontade real sobre a vontade declarada,²⁷⁴ é aferir como o caráter de dogma oferecido a essa concepção se coaduna com um sentido de liberdade puramente abstrato, que não toma como ponto de partida condicionamentos e limitações concretas, e que chega a remeter à dimensão psicológica do agente.

A base kantiana da liberdade no pensamento de Savigny, parece ser identificada por Franz Wieacker, que afirma que a doutrina alemã do século XIX abandonou o jusracionalismo de Grocio e Pufendorf em favor da concepção da “Crítica da Razão Pura” e dos “Fundamentos da Metafísica dos Costumes” de Kant.

²⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000, p. 203. Em texto posterior, mais adiante transcrito, a autora afirma que a construção jurídica da autonomia da vontade decorre de distorção do conceito kantiano. (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. In: _____. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 615.)

²⁷³ A esse respeito, convém citar o pensamento de Clovis Bevilacqua, sobre a relevância da vontade nos negócios jurídicos “Nas declarações de vontade, atende-se mais à intenção do que às palavras, porque as palavras são simplesmente os sinais que revelam a resolução tomada e, se forma mal empregadas, por ignorância ou por descuido, não manifestam a vontade como esta existiu no momento de ser celebrado o ato.” BEVILACQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 215,

²⁷⁴ Nesse sentido, RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 186.

Sobretudo, explica Wieacker, foi influente a idéia de que a ordem jurídica deve deixar aos indivíduos um espaço de liberdade por meio do qual eles possam exercer sua autonomia ética, de modo a coexistir com a liberdade de todos os outros.²⁷⁵ Como se vê, Wieacker identifica um espaço de conciliação entre a liberdade interna como autonomia da vontade moral e liberdade externa como liberdade jurídica.

A apreensão dessa filosofia teria ocorrido pela doutrina de Savigny nos seguintes termos:

*Em particular, Savigny tirou daqui (como já foi notado, p. 403) a convicção de que o direito serve a realização da moral, não enquanto “dá execução aos seus comandos, mas enquanto garante a cada um o livre desdobramento da sua vontade individual”; de que, portanto o direito deve “dominar ilimitadamente no seu domínio” e não ter que cumprir qualquer outra missão, nomeadamente “a definição ética da natureza humana” (ou por exemplo “um bem-estar político econômico designado por felicidade pública”). Do mesmo modo, as definições de direito subjectivo de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros.*²⁷⁶

É interessante notar a disparidade entre a pretensão doutrinária e a realidade da autonomia privada vinculada ao livre trânsito econômico, que se manifesta tanto nas codificações quanto na sua interpretação: se a pretensão de Savigny estava imantada de um conteúdo moral, a autonomia privada que se realizava no contrato e na propriedade era, no dizer do antes citado Sousa Ribeiro, “duplamente negativa”, por despir-se inclusive de seu conteúdo ético.

Não se pode deixar de notar, porém, que se o direito deve “dominar inteiramente seu domínio”, não interferindo, nessa medida, no domínio da autonomia da vontade do indivíduo, o conteúdo ético da vontade individual acaba por se apresentar apenas em uma seara de legitimação fundamentação de uma liberdade formal, que não desemboca necessariamente na efetividade desse agir moral.

²⁷⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 389.

²⁷⁶ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 390.

Afinal, o direito não seria, à luz dessas idéias, ele próprio uma ordem ética, mas, sim, uma ordem que a possibilita.

A vontade, assim, se torna moral apenas na legitimação teórica. Mesmo assim, é identificada com a liberdade de modo indissociável. Afirma Savigny, ao tratar da coação, que “violência é o oposto de liberdade. Se, então, a violência operou sobre a vontade como determinante, não se tem uma vontade livre e, portanto, uma vontade verdadeira, mas somente uma aparência de vontade”.²⁷⁷

Eis, portanto, a liberdade da base da *Willenstheorie*: é uma vontade do indivíduo moral livre, que não vê direcionamentos ditados pela ordem jurídica, a qual deve apenas zelar para que cada indivíduo tenha seu espaço de livre vontade preservado, limitando-se pela liberdade de outros indivíduos.

Essa ordem de idéias, que aparece em Savigny no âmbito da Escola Histórica, também será cara ao positivismo da Escola Pandectista.

Mais uma vez, aqui, cabe citar a lição de Wieacker:

Considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais” dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid (com o que ele não queria, no entanto, proibir ao legislador – no caso concreto à Primeira Comissão, a que ele de resto pertencia – as considerações deste tipo). A fundamentação ética desta convicção foi extraída por Savigny e pelos seus contemporâneos da teoria jurídica de Kant, segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo, portanto, uma “existência independente.”²⁷⁸

O fundamento da noção de direito subjetivo em Windscheid também residia na vontade. Ao titular de um direito, diz Windscheid, se atribui uma vontade decisiva, já não pela atuação, mas pela existência dos preceitos da ordem jurídica.

Assim, o direito subjetivo “compreende a seguinte definição: direito é um

²⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Von. **Sistema de Diritto Romano Attuale**. Vol 3. Torino: Unione Tipografico, 1900, p. 123.

²⁷⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 492.

poder ou senhorio da vontade que parte da ordem jurídica”.²⁷⁹

Nada obstante isso, Windscheid esclarece em nota de rodapé explicativa que esse conceito, explicitado na primeira edição da obra recebeu diversas críticas doutrinárias (de Ihering, sobretudo), citando de modo especial uma concepção que ele acaba por adotar nas edições subseqüentes: trata-se do conceito de August Thon sobre direito subjetivo. Esclarece, com base nesse autor, que a leitura correta do que se transcreveu acima consiste em afirmar que “a vontade imperante no direito subjetivo é a vontade do ordenamento jurídico, não a vontade do titular”.²⁸⁰

Isso poderia mitigar a lógica de prevalência da vontade livre do indivíduo, para fazer prevalecer uma vontade do próprio ordenamento. Ocorre que Windscheid, no momento seguinte, reconduz a vontade individual ao lugar que lhe é próprio na lógica da autonomia da vontade oitocentista, como se infere do preceito abaixo:

*Mesmo quando a ordem jurídica deduz da vontade de uma pessoa o conteúdo do seu preceito, comanda somente a ordem jurídica, e não essa pessoa. Mas por esse preceito, emanado em favor do titular, a ordem jurídica toma como decisiva a vontade do próprio titular. Sua vontade se torna norma para o comportamento daqueles com os quais trava relações, porque dispõe de um mandamento jurídico que, por sua vez, é norma para o comportamento deles.*²⁸¹

A rigor, o que Windscheid afirma é que a fonte do direito não é a vontade do sujeito, o que, todavia, não exclui sua relevância como apta a criar normas individuais com base na autorização trazida pela norma jurídica. Trata-se, pois, da autonomia privada pautada na vontade individual, assegurada formalmente pela ordem jurídica. Ou seja, é liberdade formal que se situa no âmbito daquilo que o direito autoriza e chancela como autodeterminação.

Assim como em Savigny, ocupa a centralidade nessa noção de autonomia a vontade individual, o que se observa pela afirmada prevalência da vontade real sobre a vontade declarada e, por conseguinte sua adesão à *Willenstheorie*:

²⁷⁹ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**. Vol Primo. Torino: Unione Tipografico, 1902, p. 170. (tradução livre)

²⁸⁰ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p. 171. (tradução livre)

²⁸¹ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p. 171. (tradução livre)

*Quem afirma uma cisão entre a vontade e a declaração deve prová-la: uma vez verificada essa cisão, a declaração não produz o efeito jurídico indicado como desejado.*²⁸²

Um lugar privilegiado da liberdade individual pautada na vontade é, também no pensamento de Windscheid, a propriedade. Não apenas porque o autor a define como “direito ilimitado em si mesmo”, mas, também, porque afirma que ela é o “direito real por força do qual a vontade do titular é decisiva na universalidade de suas relações”.²⁸³

Essa concepção de liberdade individual não foi, entretanto, pacífica na doutrina alemã oitocentista. Ihering, por exemplo, foi um importante crítico dessa concepção – bem como na idéia de autonomia privada que a informa. A própria definição de direito subjetivo no pensamento desse autor é pautada na noção de interesse juridicamente protegido.²⁸⁴

Além disso, compreendia a própria liberdade não apenas como uma concessão da sociedade, mas, também, como algo que tem por fim atender aos interesses dessa sociedade.

A concepção finalista de Ihering, sem embargo, será melhor analisada no título II. Entretanto, a referência pontual ao pensamento desse autor atende a uma dupla finalidade, relevante neste ponto do desenvolvimento do presente trabalho: demonstrar a impossibilidade de se afirmar uma uniformidade de pensamento mesmo no âmbito da doutrina oitocentista (e da Escola Pandectista) a respeito da supremacia absoluta da autonomia da vontade e revelar um germen, no próprio século XIX, da funcionalização que marca o pensamento jurídico do século XX.

²⁸² WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p. 297. (tradução livre)

²⁸³ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p. 175.

²⁸⁴ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p. 171.

3.3 A AUTONOMIA PRIVADA COMO O LUGAR DA LIBERDADE E O LUGAR DA SUA NEGAÇÃO: DA LIBERDADE JURIDICAMENTE PROTEGIDA À “LIBERDADE” DE “AUTO-EXCLUIR-SE” DO ÂMBITO DE RELEVÂNCIA JURÍDICA

Conforme o que se pôde examinar até este ponto, não seria temerário afirmar, à luz do que emerge de uma doutrina francamente majoritária, que a liberdade no Direito Civil Moderno se resumiria a um conceito: a autonomia privada.²⁸⁵

O que se pretende nesta seção é desenvolver alguns dos caracteres fundamentais da autonomia privada, como ponto em que desembocam as construções explicitadas nas seções anteriores, bem como apontar algumas das compreensões contemporâneas sobre o tema, sejam as que a definem como intrinsecamente limitada, sejam aquelas que a concebem como sujeita a limitações externas²⁸⁶.

Com efeito, a pretensão de um conceito unitário sobre a autonomia privada não parece destinada a uma conclusão exitosa, sendo indispensável, assim, sua contextualização histórica e, também, ideológica. É a seguinte a advertência de Salvatore Pugliatti, ao versar a respeito do tema:

*Gli svariati significati dell'espressione “autonomia privata” (nella quale l'ambiguità del sostantivo si cumula con quella dell'aggettivo), non sono riconducibili ad un centro sistematico-concettuale; e i problemi non sono omogenei, né si possono far gravitare verso un problema centrale: essi, anzi, hanno radici differenti, rispondono a differenti esigenze, e sono ispirati alle più varie ideologie e ai più diversi orientamenti metodologici.*²⁸⁷

Pietro Perlingieri, já fazendo clara referência ao sentido contemporâneo de autonomia privada, ensina o seguinte:

²⁸⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345.

²⁸⁶ Sobre a teoria interna e a teoria externa acerca da limitação aos direitos fundamentais, pode-se citar, entre outros, NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

²⁸⁷ PUGLIATTI, Salvatore. Autonomia Privata. In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 366-367.

*Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.*²⁸⁸

Entre esses variados significados, todavia, ao menos na delimitação temporal que pretende apreender, inicialmente, os perfis da autonomia privada entre o século XIX e o início do século XX, alguns caracteres podem ser identificados.

Nesse sentido, pode se mostrar útil explicitar algumas das posições doutrinárias a respeito de uma possível distinção conceitual entre a autonomia privada e a autonomia da vontade. Embora as construções teóricas a respeito da autonomia da vontade já trouxessem elementos que se apresentam, no que se denomina, contemporaneamente, de autonomia privada, é freqüente na doutrina a pretensão de distinção entre os conceitos.

Assim, Judith Martins-Costa afirma que “a expressão autonomia da vontade não deve ser confundida com o conceito de autonomia privada”. Sustenta que a primeira “designa uma construção ideológica, datad dos finais do século passado (XIX) por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo um ‘*mythe volontairement entretu par lês détracteurs de l’individualisme, pour mieux critiquer les excès*’”.²⁸⁹ A construção teria decorrido de uma distorção dos conceitos kantianos:

*Modernamente, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como “autonomia privada” (dita, no campo dos negócios, autonomia negocial), seria um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam (...).*²⁹⁰

²⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 18.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. In: _____. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 615.

²⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Mercado e Solidariedade Social**, p. 615.

De outro lado, colhe-se na doutrina estrangeira posições que parecem prestigiar a antiga expressão (autonomia da vontade), mesmo com algumas mudanças qualitativas.

Alain Bénabent, por exemplo, ao examinar o princípio da autonomia da vontade, resta por situá-lo na lógica própria ao século XIX e aponta seu declínio no século XX, situando esse movimento entre o que designa de “fluxo e refluxo”. Afirma que, a rigor, após uma saturação da regulamentação que põe em xeque a autonomia da vontade, verifica-se, em certos âmbitos, um movimento de contestação desses controles estatais da atividade privada, sobretudo dos contratos.

Admite, porém, que mesmo quando as restrições se apresentam, não eliminam a conclusão de que a maior parte dos contratos é regida pela liberdade, ainda que lado a lado com controles impostos por princípios como igualdade e equilíbrio contratual.²⁹¹

Como se vê, não abandona Bénabent a designação autonomia da vontade. Além disso, parece pensá-la, efetivamente, como a expressão da liberdade no Direito civil – ou, ao menos, no direito contratual.

Em sentido semelhante, Marc Frangi aponta a “constitucionalização” do princípio da autonomia da vontade, no sentido de sua expressa proteção pelo texto Constitucional francês, ressaltando, porém, que ela não pode ser entendida em termos de primazia do indivíduo e de sua vontade sobre a sociedade. Deixa clara, ainda, a ausência de incompatibilidade entre autonomia da vontade e limites legais.²⁹²

Como se nota, mesmo no emprego contemporâneo da expressão autonomia da vontade, avulta uma noção como relevante para a compreensão da autonomia privada: o sentido de limites. Isso permite admitir que mesmo entre os que não trabalham com a distinção conceitual aqui examinada, o reconhecimento das transformações do perfil da autonomia é evidente.

Se não é possível pensar, nem mesmo nas origens doutrinárias do Direito

²⁹¹ BÉNABENT, Alain. Droit Civil. **Les Obligations**. Paris: Montchrestien, 1997, p. 19.

²⁹² FRANGI, Marc. Constitution et Droit Privé: **Les droits individuels et les droits économiques**. Aix-en-Provence: Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1992, p. 156-157.

Civil Moderno, em uma autonomia privada ilimitada (até porque a base de sua construção é pensada em termos de liberdade negativa, o que pressupõe limites, ainda que, naquele momento histórico, mínimos), com maior razão no Direito Civil contemporâneo identifica-se um conjunto de balizamentos dentro dos quais se pode pensar essa autonomia.

Inicialmente, como é possível observar²⁹³, o próprio sentido da autonomia privada não é pensado como tendo sua fonte na vontade mesma, mas, sim, na ordem jurídica que chancela o regramento que decorre do exercício da autonomia. Isso já permite concluir que só é possível pensar em autonomia privada como algo que se insere no jurídico e, nessa medida, deve ser pensada em seus balizamentos.

Esse entendimento, porém, não é o bastante para uma conclusão a respeito da natureza dos limites: se intrínsecos à autonomia ou se a ela exteriores.

É conhecida a doutrina sobre as denominadas teorias externa e interna acerca do abuso de direito, e que acaba, de alguma forma, influenciando concepções a respeito das restrições aos direitos fundamentais – notadamente, a autonomia privada. Jorge Reis Novais assim descreve a concepção civilista original:

*Os primeiros (teoria externa) consideravam o exercício abusivo de um direito como constituindo uma realização da liberdade às custas de outros interesses dignos de protecção e, como tal, pressupunham que o direito estava externamente bloqueado por esses outros valores, pelo que os seus limites surgiam como restrições externas ao exercício do direito subjectivo no caso concreto. Já os últimos, defensores da teoria interna, entendiam que uma utilização absurda e imprópria da liberdade não era verdadeiro exercício do direito, já que estava vedada pelo próprio sentido de liberdade; então os limites do exercício do direito eram considerados como integrando o seu próprio conteúdo, com ele formando uma unidade essencial.*²⁹⁴

Trata-se, todavia, de debate que tem ponto de partida anterior: a compreensão do intérprete sobre a norma jurídica e sobre seus métodos de aplicação. Não é objetivo deste trabalho a construção desses métodos – embora

²⁹³ Esse entendimento não é exclusivo das concepções contemporâneas sobre a autonomia privada. Mesmo no âmbito das doutrinas voluntaristas essa lógica já estava presente, como se pôde observar em WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, p.171.

²⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 292.

sua problematização integre as mediações necessárias ao desenvolvimento da tese, como será examinado mais adiante – pelo que não se pretende, aqui, apontar uma solução no campo dessa divergência teórica.

Pode-se, porém, reconhecer desde logo que uma teoria externa pode ser de difícil sustentação, sobretudo por ser pensada apenas como liberdade negativa,²⁹⁵ cuja insuficiência é manifesta para dar conta da complexidade seja da autonomia privada seja, com maior razão, da liberdade como conceito plural.

A teoria interna, a seu turno, ao menos em sua concepção mais pura, pode trazer dificuldades que consistem na identificação de balizamentos *a priori* fora dos quais sequer haveria autonomia (ou liberdade, em sentido mais amplo) e que, paradoxalmente, seriam construídos em lugares exteriores à subjetividade inter-relacional (ou seja, seriam impostos “de fora para dentro” àqueles que supõem exercer suas liberdades), o que poderia dar razão aos argumentos de Isaiah Berlin contra a liberdade positiva. Tratar-se-ia de admitir a existência de uma liberdade “verdadeira”, que seria encontrada na configuração pertinente à sua autolimitação.

A despeito das divergências doutrinárias acima verificadas, pode ser viável, a partir dos marcos teóricos examinados nas seções anteriores, aferir alguns elementos que se apresentam ao menos no modo como a autonomia privada é tradicionalmente concebida.

Um primeiro aspecto relevante que pode ser destacado é o espaço dentro do qual se define a possibilidade de agir autonomamente. Seja ele mais ou menos amplo, há um sentido de delimitação que pode ser exterior ou intrínseco, mas que define o que se pode e o que não se pode compreender como exercício lícito de autonomia. Esta seria, assim, pensada como inserida em um espaço de liberdade negativa (espaço privado, delimitado pelo lugar da “não-liberdade”, o seja, da coerção). O maior ou o menor espaço que se reserva nesse lugar de não-coerção é elemento variável, mas parece difícil rechaçar a presença desse sentido de liberdade negativa na definição da autonomia privada.

O conceito de Planiol e Ripert parece bem espelhar o que acima se afirmou:

²⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 292.

*La notion de la liberté individuelle, s'exprime habituellement dans l'adage "Tout ce qui n'est pas défendu est permis". Mais elle a, dans le domaine du droit, revêtu un caractère plus précis et plus étroit, sous le nom du principe de l'autonomie de la volonté.*²⁹⁶

É possível, porém, aferir no interior desse espaço um poder de autorregulamentação, como algo que seria a marca essencial dessa autonomia, inclusive nas codificações oitocentistas, como evidencia o artigo 1134 do Código Civil francês, examinado na seção 3.2.

Esse sentido de autorregulamentação também se manifesta em concepções contemporâneas, ainda que em termos diversos. Rodolfo Sacco, por exemplo, entende a autonomia privada como *"la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua própria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua própria o nella sfera dei suoi interessi)"*.²⁹⁷

É interessante a observação formulada pelo referido autor, ao analisar a relação entre a expressão "autonomia privada" e a "liberdade dos contratantes" e a "liberdade do testador", de que a palavra liberdade teria a grande vantagem de ser imediatamente compreensível inclusive pelo não-jurista, mas não traria em seu conteúdo o entendimento imediato de que ela pode corresponder a um poder de criar regras – o que defluiria do vocábulo autonomia.²⁹⁸

Trata-se de afirmação reveladora de ao menos dois aspectos centrais na compreensão da relação entre liberdade e autonomia privada no pensamento do autor: (a) a liberdade parece ser por ele pensada como liberdade negativa; (b) a autonomia, a seu turno, seria compreendida como algo dotado de caráter normativo, que pode expressar aquilo que neste trabalho se está a denominar de "liberdade positiva".

Outro dado avulta como relevante: seja liberdade negativa ou positiva, essa liberdade a que se refere a autonomia privada acaba por ser pensada, em regra, em termos formais (liberdade como abstração, como, aliás, é abstrato o sujeito de

²⁹⁶ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français: Obligations**. Tome VI. Paris : LGDJ, 1930, p. 19.

²⁹⁷ SACCO, Rodolfo. **Autonomia nel diritto privato**. In: Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Vol. I. Torino: UTET, 2004, p. 517.

²⁹⁸ SACCO, Rodolfo. **Autonomia nel diritto privato**. In: Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Vol. I. Torino: UTET, 2004, p. 517.

direito, seu destinatário²⁹⁹).

A definição de Carlos Alberto da Motta Pinto acerca da autonomia privada é reveladora desses perfis da liberdade, sobretudo de seu caráter formal:

*A autonomia privada é um princípio fundamental do direito civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado.*³⁰⁰

O caráter formal se revela, pois, marcante: trata-se de uma liberdade entre iguais, ou seja, uma igualdade que somente pode ser pensada na abstração da lei, onde também reside a afirmação da liberdade. É uma liberdade em tese, assegurada a todos formalmente para o exercício dessa autoregulação de interesses, delimitada por um espaço de coerção, a definir o que é proibido. Daí o sentido de “zona reservada” a que se refere o texto acima transcrito.

Mesmo algumas concepções que reputam a autonomia privada como “poder” parecem não superar o sentido de algo que está formalmente assegurado, não trazendo para o interior do conceito a possibilidade efetiva de exercício da autonomia.

A esse respeito, pode-se citar a lição de Ferri:

A mio avviso l'autonomia privata non è solo la libertà o un aspetto di questa, e non è neppure solo liceità o facoltà, cioè libertà che si muove nell'ambito Del diritto, entro o limiti da esso fissati. Questa ultima concezione rappresenta un passo avanti rispetto all'idea dell'autonomia come mera libertà, ma ancora non mette in luce l'essenza del fenomeno. Il negozio giuridico non è il risultato dell'esercizio di una facoltà, cioè di un agire lecito secondo il diritto o, meglio, non è soltanto il risultato di ciò, ma è prima di tutto il risultato dell'esercizio di un potere o di una potestà. E l'autonomia privata si identifica con questo potere o potestà. Potere di produrre effetti

²⁹⁹ Sobre a abstração do sujeito de direito do direito civil oitocentista e dos Códigos Civis respectivos, por todos, FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85; CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981, p. 60.

³⁰⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 103.

*giuridici e di produrli nell'unico modo possibile: cioè con la posizione (o modificazione o abrogazione) di una norma giuridica.*³⁰¹

Como se vê, Ferri entende a autonomia privada como poder. Seria possível pensar se essa noção não se aproximaria do sentido de liberdade substancial. Percebe-se, porém, que não: trata-se de poder assegurado formalmente pela ordem jurídica, que revela um sentido claro de liberdade positiva, mas não necessariamente substancial. Além disso, como se lê do excerto transcrito, o próprio Ferri parece ter uma visão reducionista sobre o que é a liberdade, pensada em termos negativos.

A rigor, a liberdade substancial é alheia a quase todos os conceitos jurídicos de autonomia até aqui examinados, que compreendem desde a autonomia da vontade até as noções contemporâneas. Nem por isso, porém, é alheia ao Direito Civil: está para além da autonomia privada, podendo ser reputada como prévia ao seu exercício, mas, também, podendo ser incrementada por meio do exercício concreto dessa autonomia, como será observado no título III deste trabalho.

O que se percebe, porém, é a tentativa de reconduzir todos esses perfis de liberdade ao conceito de autonomia privada. Mesmo quando se trata de situações existenciais que se realizam fora do âmbito negocial, como vivência de liberdade positiva, há importantes posições doutrinárias que fazem referência ao conceito de autonomia, como se percebe do seguinte trecho:

*O princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive, o de fazer escolhas no âmbito da própria vida. É exatamente essa possibilidade que deve ser efetivada para o idoso, tendo em vista que, não obstante haja previsão constitucional desse direito fundamental, jurídica e socialmente, ele é tratado como incapaz.*³⁰²

Embora essa recondução não seja de se descartar, o repensar do conceito de

³⁰¹ FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, Anno XI, 1957, p. 156. (128-200)

³⁰² SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 78.

autonomia para apreender, em seu âmbito, um conceito plural de liberdade parece uma inversão entre os conceitos.

Como se vê, as citadas Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira buscam repensar a autonomia de modo a extrapolar o plano essencialmente formal (ou seja, da garantia, em abstrato, do gozo da autonomia).

Há, entretanto, considerável dificuldade de se admitir como inserta na autonomia privada também a liberdade substancial. Talvez seja mais adequado reconhecer que a liberdade dos privados pode extrapolar a autonomia privada, mantendo-se, mesmo assim, como dotada de juridicidade.

A liberdade é mais ampla que a autonomia. Esta compõe, é certo, uma expressão complexa e relevante da liberdade, mas não parece esgotá-la.

É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela sua insuficiência para dar conta da liberdade substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva.

Apesar dos importantes esforços na contemporaneidade para pensar as possibilidades da autonomia privada no âmbito das relações existenciais, talvez a referência à(s) liberdade(s) possa se revelar como mais prolífica. Se é possível vislumbrar na doutrina a efetiva busca pela construção da possibilidade de aplicação a dadas situações existenciais da noção de autonomia privada³⁰³, esta não se dá sem dificuldades.

Uma dessas dificuldades emerge quando se pensa no instrumento para exercício a autonomia privada no âmbito dessas relações: torna-se difícil escapar do aparato formal do negócio jurídico (ou de, modo mais estrito, do contrato). Essa estrutura é de difícil adaptação às situações existenciais, que demandam lógica de compreensão e de aplicação diversas.

A construção dessa categoria jurídica é reveladora dessa dificuldade, como

³⁰³ À guisa de exemplo, Rafael Garcia Rodrigues trata das dificuldades de a) atribuir um necessário valor jurídico à vontade do incapaz, uma vez que a autonomia privada é construída sob uma lógica racionalista e b) fazer valer essa vontade nas situações que envolvam “tratamento sanitário, disposição corporal, método educacional” e demais “manifestações que tocam ao seu desenvolvimento humano”. RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25.

se observa da obra de Ana Prata, ao fazer referência à construção doutrinária do Direito Civil do século XIX:

É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo: e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva de sua função – para ser acentuado o seu caráter de realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre.³⁰⁴

Além disso, essa dificuldade é reveladora de que a liberdade positiva, mesmo nas situações existenciais – nas quais ela seja, quiçá, mais destacada como liberdade vivida, e não, simplesmente, como autoregulamentação que se expressa formalmente em uma exteriorização volitiva pontual – acaba sendo aprisionada pelos modelos formais que, de instrumentos técnicos, convertem-se em elementos que ocupam a centralidade do palco da atividade jurídica, “domesticando” a própria liberdade.

Ocorre que a liberdade positiva, como se observará na seção seguinte, não se limita à autoregulamentação negocial. Ela é construída continuamente na intersubjetividade, podendo ser apreendida na sua vivência, e não, como supõe a estrutura do negócio jurídico, em um momento genésico em que uma exteriorização pontual de vontade ingressa no mundo do direito compondo um suporte fático.

A ausência de identidade absoluta entre liberdade no Direito Civil e autonomia privada se manifesta, assim, ao menos por duas “insuficiências” deste último conceito: a não apreensão da liberdade substancial e o não reconhecimento de juridicidade a manifestações de liberdade positiva que são efetuadas fora do instrumento negócio jurídico.

A rigor, quiçá não se possa pensar propriamente em insuficiências: trata-se de reconhecer que a autonomia privada é expressão relevante e estruturalmente complexa da liberdade no Direito Civil, mas que, sem embargo disso, não pode ter a pretensão de esgotá-la. Ou seja: não se trata de conceito superado, mas não se

³⁰⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982, p. 9.

pode supô-lo como sinônimo de liberdade nas relações interprivadas.

Daí a crítica que aqui se formula ao déficit de proteção da(s) liberdade(s) que não se subsumem à noção de autonomia, o qual pode ensejar indevidos juízos de exclusão de pessoas do âmbito da liberdade juridicamente protegida.

Como se observou até aqui, evidencia-se uma forte relação entre propriedade e liberdade. As conclusões obtidas até este ponto permitem afirmar, além desse vínculo propriedade-liberdade, a definição da autonomia privada sobretudo como liberdade formal, abstratamente assegurada.

Essa liberdade como autonomia é pensada em um espaço de liberdade negativa, ou seja, de fazer aquilo que não é proibido, mas, ao mesmo tempo, trata-se de uma liberdade de autoregulação – ou seja, uma liberdade de definir regras cujo cumprimento é juridicamente exigível. Em outras palavras: há algo de liberdade positiva quando se cogita da denominada autonomia privada.

A questão reside em saber quando essa liberdade positiva efetivamente é chancelada no Direito Civil Moderno, e quando a autonomia se restringe a um lugar de não proibição, que pode se qualificar, ironicamente, como o uma liberdade de “autoexcluir-se” do âmbito de relevância jurídica.

Cabe investigar, portanto, a tensão entre o discurso jurídico que supostamente assegura liberdade(s) e que, simultaneamente, privilegia algumas dessas liberdades em detrimento de outras, que são relegadas a um perfil puramente formal, situado na abstração da norma jurídica, mas que não são reconhecidas pelo direito na normatividade que pode emergir da “liberdade vivida”.

Aí se situa, sobretudo, como um exemplo emblemático, a liberdade pertinente à constituição de família – e de autoconstituição no âmbito da família.

Analisar-se-á, pois, a seguir, como o discurso da liberdade como autonomia privada acaba por ser, simultaneamente, o discurso que nega proteção jurídica a expressões de liberdade que não estejam contempladas pelo *a priori* da regra jurídica – e de iniciar a problematização, que será desenvolvida de modo mais amplo no título II, de como essa exclusão pode ser intencional, vinculada a uma dada dimensão finalística.

Conforme examinado nas seções anteriores, a construção histórica da

autonomia privada ocorre na conjugação entre liberdade negativa e liberdade formal. Abre espaço, porém, para a liberdade positiva, como expressão apta a engendrar uma normatividade decorrente da vontade.

Há um lugar privilegiado, como visto, de exercício dessa liberdade como autonomia privada: a propriedade. A edificação do Direito Civil oitocentista, cujas repercussões adentram o século XX – e, em boa medida, ainda persistem na contemporaneidade – ocorre com base no “grito inglês” (propriedade e liberdade), a que se refere Voltaire, que passa a ser com o *Code* o “grito francês” e, a rigor, ecoa por todo o Direito Civil que se segue naquele século.

É evidente a coerência entre esse caminho trilhado pelo Direito Civil e o desenvolvimento do Capitalismo no século XIX, com uma prevalência do pensamento liberal, sobretudo na seara econômica, como examinado no capítulo II.

Essa autonomia privada vinculada à propriedade é exercida, sobretudo, por meio do contrato – ou, de modo mais amplo, na construção germânica, do negócio jurídico. A dimensão existencial da autonomia privada é resgatada apenas em períodos mais recentes e, mesmo assim, com sérias dificuldades doutrinárias, ante a forte vinculação patrimonial de que se reveste o conceito.

A imprópria sinonímia que se estabelece entre liberdade privada e autonomia privada desemboca, ao fim e ao cabo, na delimitação entre espaços de liberdade e de não-liberdade no Direito Civil.

Com efeito, se a pretensão nas relações patrimoniais era a promoção da mais ampla autonomia possível para os indivíduos proprietários, o mesmo não se pode dizer sobre as relações existenciais – sobretudo de natureza familiar.

Conforme será possível observar, se o *leitmotiv* da propriedade e do contrato no século XIX e em boa parte do século XX era a liberdade, no que tange à família o que prevalece – até recentemente – é um pensamento conservador marcado pela imposição autoritária de dados padrões morais.

A liberdade individual formal é o dado de maior relevância na conformação daquele modelo de Direito nas relações patrimoniais. Nem mesmo essa liberdade formal, entretanto, pode ser identificada como aspecto relevante na conformação das relações familiares.

O que se pode identificar, nesse âmbito, como pertinente à autonomia privada, é a opção pelo casamento – reputado no Direito francês como um contrato. Mesmo assim, trata-se do modelo contratual, constituído nos moldes de figura jurídica qualificada pela própria lei civil como “modo pelo qual se adquire a propriedade”. Uma vez celebrado o casamento, porém, a dimensão existencial é totalmente regida pela lei.

No *Code* de 1804, por exemplo, tem-se a admissibilidade limitada do divórcio, rechaçando as possibilidades de desconstituição do casamento sob o argumento da ruptura objetiva – pois esta ofenderia a moral e a natureza.³⁰⁵

Em outros ordenamentos – como o brasileiro – as restrições eram ainda mais graves, chegando à proibição pura e simples.

O exemplo brasileiro é, diga-se, emblemático quando se trata de aferir o caráter autoritário das relações de família. A incapacidade relativa da mulher casada, a rigidez da chefia da sociedade conjugal, os rigores da presunção *pater is est*, a proibição atinente a demandar reconhecimento de paternidade em face de homem casado são exemplos das amarras que o Estado-legislador impunha à dimensão existencial do Direito Civil no Código Civil de 1916 – ao passo que, àquela época, era marcante a lógica liberal no tratamento das situações patrimoniais.

Assim, pode-se dizer que se a propriedade e o contrato eram os âmbitos em que avultava a autonomia privada, a família, em sua dimensão existencial, era o lugar da não-liberdade.

Nem mesmo se pode identificar uma efetiva liberdade juridicamente protegida no que toca à constituição mesma da família: somente uma opção de autoconstituição afetiva coexistencial era ofertada pelo Direito: o casamento.

Quanto a esse ponto, porém, um contra-argumento poderia se levantar. Trata-se da ausência de proibição legal para a constituição de outras modalidades de família. Salvo tratando-se de pessoa casada, a constituição de relações outrora denominadas de concubinárias, por exemplo, não era marcada pela ilicitude (embora a lei não fizesse distinção expressa entre o que a doutrina denominava de

³⁰⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

“concubinato puro” de “concubinato impuro”).

Poder-se-ia afirmar, assim, que se não havia proibição, a constituição dessas relações estaria no âmbito da liberdade protegida, seria um ato de “autonomia privada”. A questão reside em saber qual era a extensão da proteção jurídica oferecida a essas relações. A rigor, ela se limitava, no máximo, a afirmar a ausência de ilicitude (desde que adotada a interpretação doutrinária sobre o caráter “puro” de dadas relações concubinárias).

Não se cancelava, porém, a vivência dessa liberdade de não-casar. A solidariedade instituída nesse viver a liberdade, a mútua assistência vivida e o afeto ali construído não eram reputados pertinentes ao Direito. Ao modo do aforismo atribuído a Napoleão Bonaparte, “os concubinos ignoram a lei; a lei ignora os concubinos”.

Pode-se dizer que até a Constituição de 1988 o máximo que se reconhecia como consequência jurídica desse exercício de liberdade seria uma sociedade de fato ou um direito de indenização por serviços prestados.³⁰⁶ Ou seja, era reconhecida uma dimensão estritamente patrimonial que, mesmo assim, não era apreendida como efeito patrimonial do Direito de Família, mas, apenas, como relação obrigacional. É o que, contemporaneamente, ainda ocorre com boa parte da doutrina e da jurisprudência sobre uniões homoafetivas³⁰⁷ – o que revela o quão restritivo é, em certas searas doutrinárias, o pensamento sobre a liberdade existencial no Direito Civil contemporâneo por parte relevante da doutrina.

Ocorre que essas relações, que aqui se colocam como exemplos da manifesta insuficiência da autonomia privada para dar conta de diversas situações que demandam reconhecimento e chancela de liberdade e que acabam, não raro, por ser colocadas à margem do jurídico.

Se há alguma autonomia privada nesses exemplos, ela é pensada em termos limitadíssimos, apenas como liberdade negativa. Não se chancela, porém – ao contrário do que ocorre nas relações contratuais – a liberdade positiva coexistencial dos indivíduos.

³⁰⁶ A esse respeito, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 15.

³⁰⁷ Nesse sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: RT, 2001, p. 550.

Não se trata, aqui, de liberdade positiva pensada em termos negociais. Nem pode sê-lo. O negócio jurídico pressupõe um momento genésico, em que a autonomia se exerce definindo previamente a estrutura eficaz esperada e fixando balizas sobre comportamentos exigíveis por parte de quem exerceu autonomia por meio do negócio. Mesmo que se pense no que se segue à celebração do negócio jurídico – ou seja, na produção de eficácia jurídica - como um processo (a idéia de obrigação como processo é um exemplo disso³⁰⁸), a exigibilidade desse momento inicial afasta um adequado enquadramento dessas realidades a essa figura jurídica.

Como ensina Gustavo Tepedino sobre a união estável (o que pode se aplicar, também, às uniões homoafetivas), trata-se de relação que se constitui “pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma situação de fato”, e que tem seus elementos constitutivos identificáveis “na medida em que se consolida a vida em comum”.³⁰⁹

Em outras palavras, constituiu-se na vivência da liberdade. Não apenas, porém, no fazer o que não se proíbe, mas, sim, no determinar coexistencial dos rumos da vida em comum. Trata-se de normatividade vivida, que pode ser apreendida pelo direito a partir do dever-ser que o direito de liberdade impõe ao Estado.

A apreensão dessa liberdade positiva “vivida”, que não se expressa em um momento negocial, seria, por isso, dificilmente verificada pensando-se apenas em termos de autonomia privada.

Tampouco parece suficiente lançar mão da lógica própria do denominado “comportamento concludente”, uma vez que ele visa a reconduzir o comportamento que encerra vontade tácita ao modelo negocial. Essa transposição seria artificial, pois sequer há momento negocial originário ao qual se possa reconduzir o comportamento das partes.

É a vivência como fato que se apreende, e que se valora juridicamente como vivência de liberdade de definição dos rumos da própria vida (liberdade positiva),

³⁰⁸ Sobre o tema, COUTO E SILVA, Clovis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10-11.

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 339. Em sentido semelhante, TAKEMI, Eduardo. O tempo da família: notas sobre o tempo como elemento da *fattispecie* da família. BARBOSA, Heloísa Helena *et al* (org) **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 321.

merecendo, por isso, chancela jurídica do que deflui dessa autodeterminação.

Não se está a afirmar aqui uma passagem direta e acrítica do ser para o dever-ser. O dever-ser reside no direito, que assegura a liberdade individual como direito fundamental. Essa é a base normativa central para a compreensão da viabilidade de se pensar em liberdades no Direito Civil que estão para além dos perfis tradicionais da autonomia privada.

O que se admite como possível é a chancela jurídica da liberdade positiva que se exerce fora do negócio jurídico, aquela que é vivida como liberdade, em que a intersubjetividade concreta revela a autodeterminação. A ausência de apreensão jurídica e de proteção dessa autodeterminação restringe arbitrariamente a liberdade, importando em atípica intervenção por meio de uma determinada forma de “silêncio legal”. A relação intersubjetiva que tinha uma face definida pela vivência das liberdades das partes deixa de ser reconhecida como tal. Aquilo que deflui da autodeterminação deixa de reger os rumos da vida desses indivíduos, pois esse Direito, ao silenciar – ou ao limitar-se à afirmação pura e simples de licitude (em termos de liberdade negativa), sem dali extrair normatividade decorrente da liberdade – acaba por direcionar comportamentos para os rumos atinentes aos modelos expressamente chancelados pela norma, aqui apreendida em seu sentido estrito.

Não se admite, pois, a lógica que poderia conduzir a uma liberdade de se autoexcluir da esfera de relevância jurídica. A liberdade que se exerce é pertinente ao jurídico. Ela pode ou não ser juridicamente protegida (quando seu exercício é ilícito, sendo uma não-liberdade em termos jurídicos), mas é sempre apreendida como pertinente ao Direito. Ocorre que, se lícita – ou seja, se é efetivamente uma liberdade em termos jurídicos -, sua proteção não pode ser dispensada, e isso não se restringe, reitere-se, em afirmar sua licitude.

A licitude da liberdade exercida importa simultaneamente o reconhecimento de sua jusfundamentalidade, pelo que a ausência de chancela jurídica de sua vivência pode consistir em um déficit inadmissível de proteção de um direito fundamental, sem que a restrição se justifique com base em outros valores constitucionalmente assegurados. A liberdade individual como direito fundamental não se restringe à liberdade negativa: abarca, inclusive nas relações interprivadas, a liberdade de realização de projetos de vida, o que diz respeito também às condições

materiais para esse exercício, necessárias à conformação do que aqui se está a denominar de liberdade substancial.³¹⁰

Esse déficit de proteção se tornará ainda mais grave quando se tem em conta que essa base constitucional é um dos elementos que integram a admissibilidade de se pensar em proteção e promoção de liberdade(s) como contributos funcionais do Direito Civil.

Para aferir a viabilidade dessa hipótese, que será desenvolvida no título III, cabe, como passo necessário, levar a efeito a análise da relação possível entre função e liberdade, partindo da compreensão das dimensões funcionais do Direito Civil entre os séculos XIX e XX.

³¹⁰ Nesse sentido, e especificamente quanto a esse ponto SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 175 - 187.

TÍTULO II - A DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL E A(S) LIBERDADE(S) NO ESPAÇO PRIVADO

Após o exame da multiplicidade de concepções a respeito da liberdade e da identificação da construção histórica de um seu dado perfil como o conceito de liberdade privada por excelência no Direito Civil Moderno, cabe partir para a análise do vetor que ocupa a centralidade do problema fundamental da tese, e que consiste na dimensão funcional do Direito Civil.

Alguns passos serão trilhados nessa investigação, que principiará com a cogitação acerca da viabilidade ou não de se identificar uma dimensão funcional para o Direito Civil do século XIX.

Pode-se desde logo apontar, nessa esteira, uma dimensão funcional complexa, que em parte se refere à consolidação dos valores burgueses da Revolução Francesa quanto à propriedade, à família e ao contrato.

Pretende-se, pois, formular apresentação crítica dessa possível dimensão funcional, sobretudo no que tange à relação possível entre liberdade e propriedade no século XIX.

Em um segundo momento passar-se-á ao exame da construção do que se conhece por funcionalização dos institutos do Direito Civil, sobretudo no século XX. Não se trata de trajetória dotada de sentido unitário – nem em termos ideológicos, nem quanto a seus fundamentos jurídicos e efeitos pretendidos.

Serão objeto de investigação tanto concepções teóricas que hipertrofiaram o sentido da função social, como em Leon Duguit (seção 2.1.), quanto aquelas que reduzem a função social a mero limite externo dos institutos jurídicos. Também, por evidente, serão apontadas algumas compreensões que escapam desse maniqueísmo dualista que, todavia, serão melhor analisadas no título III.

Pretende-se, com essas ferramentas de compreensão, avaliar a edificação da resposta do Direito Civil do século XX ao exacerbado individualismo e ao marcado patrimonialismo do século anterior, aferindo sua multiplicidade, bem como identificando suas virtudes, déficits e eventuais excessos, traçando, dessa forma, um panorama crítico da funcionalização do Direito Civil – inclusive de sua apreensão pelo Direito brasileiro.

Ao final, será problematizada a questão atinente a uma possível crise da noção de funcionalização na contemporaneidade, apontando os diversos aspectos por meio dos quais seria factível ao menos cogitá-la. Será, então, localizado o espaço no qual no âmbito da crise se pode construir a noção de função como liberdade(s), como um possível fundamento para o repensar de uma dimensão funcional plural no Direito Civil.

1 A FUNÇÃO NAS CODIFICAÇÕES DO SÉCULO XIX E DO INÍCIO DO SÉCULO XX

Investigar a existência ou não de uma dimensão funcional das codificações oitocentistas e do início do século XX é o mister a que se propõe este capítulo.

À luz de um pensamento que se intitularia pós-moderno, pensar os fenômenos sociais e jurídicos à luz das categorias estrutura e função pode parecer um mister fadado ao fracasso. Argumentar-se-ia que as estruturas estão presas a uma racionalidade de pretensão totalizante e universalizadora, que consistiria na construção de grandes narrativas – o que estaria para além das possibilidades do real, consistindo em frágil construção racional, fundada em falsas premissas sobre as possibilidades da razão e sobre as possibilidades de universalização³¹¹. Nesse contexto, pensar um fenômeno em termos de estrutura e/ou de função seria partir de um equívoco metodológico.

Nada obstante isso, ainda que, por hipótese, fosse possível aceitar como corretas essas objeções, pode-se ponderar se a própria formação do Direito Civil Moderno não se dá com a pretensão de constituir, ele próprio, uma grande narrativa.

Com efeito, a expressão mais acabada das pretensões que encerra o Direito Civil que se forma no século XVII e atinge seu apogeu no século XIX se revela nas grandes codificações. Ali se encontra o retrato da pretensão de constituir um sistema de direito – e, por que não dizer, um sistema de pensamento jurídico – que abarque de modo coerente, seguro e completo³¹² a vida dos sujeitos privados, livres e iguais, como expressão de uma razão apta, não apenas, a dar conta do fenômeno jurídico mas, também, de externá-lo em um corpo normativo.

Além disso, situa-se essa pretensão em um *locus* que se pretende bem definido, colocado em posição dicotômica em relação a outro “lugar” jurídico: ou seja, trata-se de lógica que se insere na identificação de um espaço privado regido

³¹¹ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 7. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. 58.

³¹² Observe-se, à guisa de exemplo, que embora Portalis não pretendesse que o Código Civil previsse todos os fatos juridicamente relevantes, a completude se apresentava na seara dos princípios que regiam o Código e o próprio pensamento jurídico codificador, a oferecer a necessária coerência e a possibilidade de, dali, extrair as soluções para os casos não previstos nas regras (GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 114).

por um direito a que também se denomina privado, em oposição a um espaço público que, nos sistemas de direito a que se está a fazer referência³¹³, é disciplinado por um direito a que se denomina público – este com racionalidade, estrutura, e princípios (e funções) diversos daquele.

Trata-se, como se vê, de uma realidade imantada de alguns dos caracteres mais presentes no pensamento Moderno, de modo que não é incoerente levar a efeito sua análise, também, à luz de categorias Modernas. O engendrar do Direito Civil dos séculos XVIII e XIX, como não poderia deixar de ser, está impregnado por essa mesma racionalidade, parecendo, assim, viável seu exame sob a ótica de conceitos também forjados pela Modernidade.

Além disso, conforme a confessada proposta deste trabalho, indispensável é a análise, quando menos da categoria função para que seja possível examinar a própria existência de comensurabilidade – e, assim, possibilidade de cotejo crítico – entre o Direito Civil Moderno e a compreensão funcional (como função manifesta de caráter normativo) que a ele se seguiu, no contexto do Estado Social.

Com efeito, cabe investigar se a categoria explicativa eleita pode, em alguma de suas concepções, dar conta das etapas em que se decompõe a análise que, pretende-se, conduzirá à possibilidade de se sustentar as conclusões que se constroem nesta tese.

Ressalte-se, nessa toada, que esta investigação se realiza sem a pretensão de esgotar a complexidade do fenômeno no aprisionamento às categorias estrutura e função – como se fossem elas os lugares privilegiados em que se poderia encontrar “a verdade” acerca do fenômeno que se está a examinar – mas, sim, reconhece a utilidade das categorias como instrumentos de análise, ainda que imperfeitos.

Assentadas essas premissas, necessário é o exame preliminar da categoria função, como termo equívoco que é, para que, esclarecidas as acepções em que será empregado neste capítulo, seja possível seu eficaz emprego como ferramenta de análise.

Principiar-se-á pela indicação de qual o sentido que se atribui à função na

³¹³ Trata-se, por evidente, dos sistemas de direito da família denominada “romano-germânica”.

hipótese central da tese (na noção de função como liberdade(s)), para, em seguida, cogitar de outras possibilidades de significação para um emprego instrumental da categoria, na análise a que se propõe especificamente este título II.

1.1 ACEPÇÕES POSSÍVEIS DA CATEGORIA FUNÇÃO E A CONCEPÇÃO ADOTADA NA NOÇÃO DE FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S): ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS PRÉVIOS

A categoria função é empregada em diversos saberes, com uma considerável multiplicidade de sentidos.

A função é empregada, com peculiaridades conceituais próprias, nas ciências, sociais, na biologia, na matemática.

Mesmo no âmbito das ciências sociais as compreensões são bastante diversas. Um exemplo dessa multiplicidade é identificado por Manoel Eduardo Camargo e Gomes, que indica a sistematização formulada por Florestan Fernandes apontando ao menos três concepções possíveis: teleológica, mecanicista e positiva. A primeira se resumiria ao sentido de “fim”, sendo compreendida como “o modo pelo qual as necessidades humanas são satisfeitas, através da organização cultural das atividades sociais”. A concepção mecanicista, a seu turno, traz a função como “uma relação de correspondência entre um fato e seus efeitos socialmente úteis”, de modo que esses elementos “seriam determinados, e não determinantes”. Já a concepção positiva é uma relação lógica “de interdependência entre uma atividade parcial e uma atividade total ou entre um componente estrutural e a continuidade da estrutura, em suas partes ou como um todo, representando-se os elementos dessa relação de modos diversos e em graus variáveis, quer como determinados, quer como determinantes”.³¹⁴

A primeira concepção (teleológica) é a mais frequentemente empregada no âmbito do Direito. Como explica Manoel Eduardo Camargo e Gomes, nessa concepção “o fenômeno em estudo seria compreendido a partir de sua finalidade,

³¹⁴ GOMES, Manoel Eduardo Camargo e. **O Regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional**. Tese de doutorado defendida e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 24.

mediante a identificação do papel que esse fenômeno exerce em relação ao todo. No âmbito dessa concepção, o fenômeno é ou não “funcional” em relação a alguma instituição. Ou seja, ele é adequado ou não à sua conservação”.

Talvez a tipologia conceitual mais conhecida no âmbito das ciências sociais seja a distinção formulada por Robert Merton entre função manifesta e função latente.

A função manifesta se refere “àquelas consequências objetivas para uma unidade específica (pessoa, subgrupo, sistema social ou cultural) que contribui para seu ajustamento ou adaptação e que são desejadas como tais”³¹⁵

Já as funções latentes consistiriam em funções não desejadas conscientemente (o que não significa que sejam indesejadas), mas que contribuem, sem embargo disso, para a funcionalidade e o equilíbrio do sistema.³¹⁶ Vale dizer: não têm um conteúdo teleológico normativo predefinido, mas são definidoras de sentido, contribuindo para a manutenção da estrutura.

A essa tipologia Florestan Fernandes acresce uma terceira espécie: a função derivada, que, conforme explica Camargo e Gomes, refere-se “aos resultados das funções manifestas e latentes sobre a totalidade. Trata-se, como quer FERNANDES, de ‘efeitos de efeitos’, ou seja, a repercussão da função nos diversos níveis da totalidade analisada”.³¹⁷

Ante essa multiplicidade conceitual, para atender ao escopo de propiciar uma adequada compreensão a respeito do sentido que se atribui ao termo “função” no presente trabalho cabe delimitar o espaço em que o conceito é empregado e qual (ou, mesmo, quais) de suas possíveis compreensões é a que aqui se está a referir.

Trata-se de definir instrumentos de compreensão e de aclarar, o quanto possível, os significantes, para que se possa seguir adiante e compreender sobre que função se está a versar em cada etapa do desenvolvimento do trabalho.

Assim, tem-se, preliminarmente, que é, por evidente, na seara jurídica, mais

³¹⁵ MERTON, Robert. **Social Theory and Social Structure**. New York: The Free Press, 1968, p. 117 (traduzimos).

³¹⁶ MERTON, Robert. **Social Theory and Social Structure**. New York: The Free Press, 1968, p. 117.

³¹⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. **O Regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional**, p. 28.

especificamente, no Direito Civil que a presente investigação está situada.

Essa identificação é relevante, mas não é bastante em si mesma. “Função” é empregada em sentidos diferentes mesmo no âmbito do Direito, ainda que nem sempre essa multiplicidade de sentidos se manifeste com clareza.

Uma concepção sobre função que informa uma relevante análise a respeito do Direito das funções do Direito pode ser colhida do pensamento de Norberto Bobbio, servindo como ponto de partida para a problematização conceitual sobre a qual se está a versar:

Deixo de lado as dificuldades que advêm do emprego de um termo multi-uso como “função” (acerca do qual já foram gastos rios de tinta). Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, e no qual por “função” se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo³¹⁸.

Por prestação entenda-se “contributo”, como na definição de Guy Rocher (citado por Durão Barroso), que concebe função como “o contributo que um elemento traz à organização ou à ação do conjunto de que faz parte”³¹⁹.

Depreende-se daí que uma análise funcional pode passar, a partir desse conceito, pela identificação de três elementos: algo que exerce uma prestação/contributo/papel (que o conceito de Bobbio denomina órgão, mas que pode ser denominado de elemento, conforme Nagel, citado por Durão Barroso); algo a que se destina esse papel (a que o conceito denomina de “todo”) e a prestação/contributo/papel que é a função propriamente dita.

Afirma Bobbio que esse conceito de função relaciona meios a fins, sendo possível pensar em diversos níveis de liames meios-fins. Isso se deve ao fato de que certos fins podem ser reputados como intermediários, e, uma vez realizados,

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007, p. 103.

³¹⁹ BARROSO, J. Durão. Verbete Função *In*: **POLIS – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado**. Lisboa: Verbo: 1996, p. 1606.

tornam-se meios para outros fins. O sentido teleológico é marcante nesse conceito, uma vez que aqui se cogita de uma finalidade de um elemento com relação, ao menos na literalidade do conceito, a um “todo”.

Cabe, nessa esteira, refletir onde reside o fim a que o conceito está a se referir: se ele está na própria prestação/contributo ou se é a ela exterior, dirigindo-a.

A questão é relevante, pois o que se percebe é que, à luz do significado assumido por Bobbio, a função é a prestação dirigida ao todo. Poder-se-ia indagar se o fim não residiria, então, nesse todo, sendo a contribuição um meio para a sua manutenção.

Nesse caso, afirmar que determinada figura jurídica tem uma função consistiria em afirmar que ela deve realizar prestações ou contributos (funções) direcionados ao implemento de fins que residem nesse todo.

A função, aí, não seria a própria finalidade, ou, pelo menos, não esgotaria o sentido do que se denomina finalidade.

Com efeito, se o contributo se dirige para um fim, e esse fim reside no “todo”, o contributo não será, ele próprio, a finalidade.

É possível pensar, todavia, que a realização do contributo seria também uma finalidade, ainda que não uma finalidade última. Em outras palavras, determinado instituto jurídico (ou, como reflete Bobbio, o próprio Direito) tem por finalidade realizar um contributo, que consiste em sua função destinada a esse “todo”. Todavia a pertinência ao “todo”, como destinatário, na definição da finalidade não deixa de existir, pois a finalidade deve ser coerente com as necessidades seja de mudança seja de conservação desse “todo”.

Reforça essa idéia a observação de que diferentes funções podem se destinar a um mesmo “todo”, seja zelando pela sua manutenção, seja preconizando sua mudança. Ainda que esse “algo” a que, provisoriamente, estamos denominando de todo, atraia para si a função (ou seja, reclame o contributo), esta última não esgota seu sentido finalístico no primeiro: o ente a que se dirige a função a ser prestada por algo pode adquirir novo perfil conforme a prestação realizada seja “a” ou “b”.

Embora dadas concepções funcionalistas preconizem tão só a manutenção

funcional do todo, de modo que um elemento somente o integrará se sua função (contributo) puder mantê-lo (o elemento) integrado a esse todo, não se descarta o desempenho de função que transforme o todo, como admite Norberto Bobbio.³²⁰

Assim, a transformação da finalidade em que consiste o contributo a ser prestado por algo (ou seja, algo que tinha a finalidade de realizar “a” passa a ter a finalidade de realizar “b”) pode modificar o “todo” ou, quando menos a repercussão do contributo sobre esse “todo”.

Tudo isso pressupõe, entretanto, a inserção do conceito de função no âmbito de uma concepção sistêmica totalizante. Fala-se, por isso, em “elemento” e em “todo”.

O que se está aqui a ponderar por meio dessa análise a respeito do conceito sociológico de função construído na seara dos funcionalismos³²¹ é se a sua recepção pura e simples pelo jurídico seria realmente compatível com o sentido que contemporaneamente a função pode assumir no âmbito do Direito Civil. Ou seja, cabe ponderar que a recepção dessa concepção de função pelo Direito se opera simplesmente pelo transporte dos conceitos que compõem uma análise funcional em termos sociológicos (entre eles o conceito de “órgão” ou “elemento” e, sobretudo, de destinatário da função – ou seja, da prestação a ser realizada pelo “elemento” – como um “todo”).

Pode-se principiar por uma análise do que normativamente se designa por função social da propriedade rural. À luz do conceito sociológico que acima se explicitou em seus diversos elementos, seria possível decompor uma análise funcional da propriedade rural, sumariamente, da seguinte forma: i) a propriedade é o elemento; ii) que deve realizar uma função, ou seja, um contributo/prestação/papel; iii) perante o todo, que se compreende como a sociedade. No caso, a função corresponde ao que se denominaria de “aproveitamento racional e adequado”, uso racional dos recursos naturais e preservação ambiental, cumprimento da legislação trabalhista e bem-estar de

³²⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

³²¹ No plural, uma vez que há diversas correntes funcionalistas, como explica Durão Barroso, ao identificar quando menos um funcionalismo eclético, um funcionalismo estrutural e um funcionalismo empírico. BARROSO, J. Durão. *Verbete Função*. Op. cit., p. 1606 a 1610.

proprietários e trabalhadores. A realização dessa função pela propriedade rural se destinaria ao todo social.

Todavia, embora nessa referência sumária à função social – e não necessariamente precisa ou, mesmo, coerente com a concepção contemporânea de função social – o conceito sociológico possa fazer sentido tal como definido em todos os seus elementos, pode ser relevante realizar um avanço na problematização da questão atinente à apreensão servil, pelo Direito, desse conceito sociológico.

É que o conceito foi construído no âmbito das teorias funcionalistas que têm uma característica comum: tratam de uma compreensão sistêmica sobre a sociedade. Daí porque o destinatário dessa função desempenhada por um dado elemento seja uma totalidade.

Uma dificuldade que daí emerge é, entretanto, o fato de que o “todo” é concebido como analogia a um organismo vivo se torna uma abstração, que assume o lugar da realidade das relações sociais. As finalidades que orientam as funções (como contribuições esperadas) são, assim, definidas a partir desse “todo” que se constitui como abstração.

Mais do que isso, é pertinente cogitar se o destinatário da função precisaria, mesmo, ser algo que se reputa como totalidade sistêmica, ou se essa totalidade seria apenas aquilo que o funcionalismo sociológico coloca em um *locus* que poderia ser reputado, simplesmente, como o destinatário dessa função-prestação/contributo/papel, em uma compreensão funcional não necessariamente “funcionalista” nem, tampouco, sistêmica.

Norberto Bobbio oferece reflexão relevante para a compreensão dessa questão. Após formular o conceito que se formulou mais acima, Bobbio passa a refletir sobre em que consiste esse todo: seria ele a sociedade, os indivíduos ou ambos. Essa questão posta por Bobbio revela um afastamento com relação a uma ortodoxia funcionalista (ortodoxia que ele mesmo rechaça, ao afirmar que uma análise funcional não precisa ser, necessariamente, funcionalista³²²).

Isso se verifica diante do fato de que enquanto as análises funcionalistas tomam por “todo” o sistema – de modo especial o sistema social, pensado

³²² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

analogicamente aos organismos animais³²³ - Bobbio cogita de um “todo” que, a rigor, não tem propriamente esse mesmo sentido “totalizante”, e que pode ser, inclusive, os indivíduos.

Embora se discorde da visão dicotômica assumida pelo autor, que insiste na relevância de se distinguir entre a função dirigida aos indivíduos ou à sociedade, sua definição de “todo” rompe, ou, ao menos, mitiga, a própria noção sistêmica de totalidade.

Isso é revelador de que a apreensão jurídica do conceito de função de que se está a falar não depende, necessariamente, de subscrever todos os conceitos a ela conexos na análise funcionalista, mas, tão-só, os *loci* em que ela se insere e aos quais ela se refere.

Em outras palavras, dado instituto jurídico pode realizar prestações/contributos (e, assim, realizar uma função) para algo ou alguém (ou para atender às necessidades de algo ou de alguém) que não precisa, necessariamente, ser o “todo social”.

Mesmo análises alheias ao Direito admitem o emprego da categoria função sem uma visão totalizante.³²⁴

Pode-se, destarte, fazer referência à função no Direito como contributo que dado instituto jurídico oferece a algo ou a alguém que é seu destinatário.

Cabe, todavia, qualificar a função conforme esse destinatário. As concepções tradicionais sobre a função social como referente a um “todo” social tiveram o condão de fazer com que um conjunto de funções pudesse ser abarcado por esse conceito genérico e pretensamente totalizante, remanescendo até hoje como designação empregada até mesmo para dar conta de prestações/contributos que não se destinam propriamente àquele mesmo todo a que se fazia referência na construção original do conceito.

³²³ Durão Barroso cita a crítica de Hempel, que afirma que “mesmo as definições mais elaboradas apresentadas pelas ciências sociais assentam numa concepção (biológica) de autoregulação”. BARROSO, J. Durão. *Verbetes Função*. Op. cit., p. 1606.

³²⁴ Ainda que fazendo referência a outra concepção de função, diversa daquela dotada de sentido teleológico manifesto, e com enfoque na função na seara da ciência política, Durão Barroso escreve que “o conceito de função, desde que desinvestido da preocupação totalizante a que o ‘espírito de sistema’ parece condená-lo, tem prestado e pode continuar a prestar um grande serviço ao nosso esforço para compreendermos um pouco melhor os fenômenos políticos”. Op. cit., p. 1610.

O destinatário, diferentemente das noções que o assumem como o todo social, pode ser a pessoa concreta em relação, integrante de uma rede de intersubjetividades, seja ela a titular de uma dada posição jurídica seja, mesmo, um terceiro que pode sofrer as repercussões do exercício ou do não exercício dessa posição jurídica pelo respectivo titular. Não se trata, como se vê, nem da abstração da sociedade totalizante, nem do indivíduo atomizado.

É aí que pode se situar a cogitada função como liberdade(s) a que se refere a hipótese deste trabalho.

Se, com efeito, aquilo a que a função remete fosse, necessariamente, uma totalidade pensada como uma sociedade tomada como abstração, seria de difícil solução a contradição entre a liberdade das pessoas em suas relações intersubjetivas e um todo que não se integra por essa subjetividade concreta.

Mais que isso, a liberdade e seu exercício concreto serviriam (pois seria uma prestação, uma contribuição) a fins fundados em uma das possíveis formas de se conceber o todo social, conforme a configuração abstrata que se optasse por empregar (uma vez que se o fim não é integralmente determinado por aquilo a que se destina a função, esse destinatário delimita juízos de pertinência entre o que é e o que não é funcional para suas necessidades, sejam de manutenção, sejam de transformação).

Não é dessa compreensão, por certo, que se trata: o que se cogita é de uma prestação (ou seja, de uma função) que consiste na promoção, exercício e proteção de liberdade das pessoas em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais do Direito Civil.

Ainda que se possa reputar a noção de “pessoas em relação” (inseridas portanto em uma rede de intersubjetividade a que se pode qualificar como sociedade, na definição de Norbert Elias³²⁵), como, ela própria, um dado “todo”, não se estaria a tratar de um “todo” “totalizante” em seus próprios fins, uma vez que estes são múltiplos no âmbito de uma sociedade plural.

É nesse sentido, portanto, que a categoria função é empregada na hipótese que se está a cogitar ao longo deste trabalho.

³²⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1994.

Não se trata, portanto, de função como liberdade(s) que se dirige a um todo unívoco, totalizante e abstrato.

Tampouco se trata de funcionalização da liberdade a algo, mas, sim, de algo (os institutos do Direito Civil) funcionalizado à liberdade. O fato de essa liberdade se referir a um destinatário não a desqualifica como liberdade, uma vez que, como exposto acima, esse destinatário não é um todo social pensado como abstração, mas, na verdade, múltiplos destinatários em suas relações intersubjetivas compondo concretamente a sociedade.

Impende esclarecer, também, que o exame da função não converte este trabalho em uma tese funcionalista. Primeiramente, porque não é necessário assumir como dogmas (ou mesmo como espaços de reflexão) as teses do funcionalismo para reconhecer a relevância da função. O próprio Bobbio, que assume o conceito de função herdado do funcionalismo sociológico (que, a seu turno, o toma de empréstimo da biologia) assim reconhece ao afirmar que “uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto, a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha”.³²⁶

Em segundo lugar, e de modo mais evidente, as ideias que aqui se desenvolvem não são funcionalistas porque não se assume neste trabalho - ao menos quanto ao significado que se atribui à função como liberdade(s) - sequer a concepção de função própria do funcionalismo sociológico – ao menos não em sua integralidade.

³²⁶ BOBBIO. Norberto. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 92.

1.2 O APARENTE PARADOXO ENTRE FUNÇÃO E LIBERDADE.

Conforme acima explicitado, o vocábulo função é polissêmico. Seu sentido mais freqüente está associado a uma dimensão teleológica, finalística, que remete a contributos dirigidos a algo ou a alguém. Trata-se, assim, de investigar a que se destina determinado fenômeno, qual o seu *telos* e, assim, de identificar o princípio finalístico que explica sua operatividade.

Nessa ordem de idéias, pode-se, à luz de determinado significado atribuído à categoria função, cogitar se a identificação de uma dimensão funcional no tocante ao Direito Civil Moderno bem poderia parecer paradoxal, quiçá contraditória.

Isso se deve ao fato de que sendo o Direito Civil Moderno vinculado a uma dada compreensão a respeito da liberdade, centrada na autonomia da vontade – e, em última instância, na liberdade negativa, no sentido que lhe atribui, sobretudo, Benjamin Constant³²⁷ – definir uma finalidade ou um *telos* a que a liberdade deve atingir poderia ser a negação dessa mesma autonomia.

Se o papel do Direito Civil era pensado como a proteção de uma soberania individual em um espaço de auto-regulação dos interesses privados, livre da coerção estatal (e, portanto, centrado na liberdade negativa dos particulares) não poderia ele, simultaneamente, definir um “dever-ser” que direcionasse o exercício dessa autonomia para o atendimento de dados valores ou objetivos concretos, sob pena de ir de encontro com essa própria autonomia. Seria, com efeito, sob esse ponto de vista, a negação da autonomia como liberdade negativa e, mais ainda, como negação de um modelo de direito civil que se aproxime de uma soberania individual.

Portanto, quando se cogita de função, ao menos na concepção que a categoria assume no século XX no tocante à funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil³²⁸, logo emerge a conclusão de que a função vem a limitar ou, mesmo, condicionar a liberdade, de modo que uma perspectiva funcional seria a antítese de uma compreensão fundada nessa mesma liberdade³²⁹.

Trata-se, é certo, de conclusão preliminar que pode ter seu acerto no tocante

³²⁷ CONSTANT, Benjamin. Op. cit.

³²⁸ Função manifesta, de caráter normativo teleológico.

³²⁹ Assim seria, remarque-se, em uma reflexão centrada em um pensamento Liberal ortodoxo.

à compreensão acerca da liberdade acima referida e, sobretudo, à luz de um dado enfoque funcional.

À luz de outro ponto de vista, entretanto, inexistente contradição ou mesmo paradoxo entre função e liberdade, mesmo tomada esta última em uma acepção francamente Liberal.

Consoante anteriormente exposto, o caráter polissêmico da categoria função permite empregá-la com conteúdos diversos e sob enfoques diversos.

Uma primeira distinção a ser realizada diz respeito a qual o fenômeno sobre o qual se está a buscar a dimensão funcional. Trata-se de ponderar se a conclusão sobre a contradição ou, quando menos, o paradoxo, reside na definição da função das condutas regidas pelo Direito Civil ou na função do próprio Direito Civil – tomado, aqui, como o Direito Civil Moderno, de matriz Liberal, que se espelha nas grandes codificações oitocentistas.

A segunda distinção diz respeito a que função se está a fazer referência: ou seja, se estaria a tratar-se da função em sentido normativo teleológico, como função manifesta, ou se a função estaria a ser tratada como definição não de um *telos* apriorístico, mas sim, de um sentido identificável na observação do fenômeno, que propicia a sua constituição e manutenção.³³⁰

Tome-se, pois, primeiramente, o exame sobre o fenômeno de que busca identificar a dimensão funcional. Pode-se dizer, desde logo, que pouca utilidade se apresenta na definição de uma função no tocante às condutas regidas pelo Direito Civil Moderno.

Isso se deve ao fato de que, sob um enfoque teleológico, não se pode identificar uma função comum às condutas dos particulares que agem no exercício de sua autonomia da vontade. Quando muito, possível seria aferir a função manifesta de cada conduta, o que, todavia, para a finalidade deste exame, se mostra inviável e, sobretudo, sem utilidade. Se a autonomia da vontade é tomada como liberdade negativa, como se sabe, não é ela compatível com direcionamentos finalísticos trazidos pela norma jurídica, daí porque a função manifesta das condutas

³³⁰ MERTON, Robert K. **Social Theory and the Social Structure**. New York: The Free Press, 1968. Não é essa, como exposto, a concepção de que está imantada a noção de função como liberdade(s).

regidas por um Direito Civil com esse perfil somente pode ser identificada individualmente.

Por isso, se tomada a função sob uma perspectiva normativa de caráter teleológico, ou seja, uma perspectiva em que a função se põe a dizer “como as coisas devem se dar” no exercício da liberdade, ela efetivamente será de pouca utilidade no exame do Direito Civil Moderno. A identificação de uma função manifesta de caráter geral da liberdade vinculada a objetivos concretos se revela sujeita a óbices.

Com efeito, se buscarmos nos perguntar qual é a função em sentido teleológico normativo de condutas regidas por um Direito Civil fundado na autonomia da vontade cairemos no paradoxo de que o *telos* que determina o dever ser é, precisamente, a ausência de um *telos* definido. Se o indivíduo é autônomo no espaço privado, devendo ser deixado livre de coerção, não haveria um “dever-ser” imposto pela ordem jurídica a determinar as finalidades objetivas da ação desse indivíduo.

No tocante a uma função como definição de sentido também aqui pouco de relevante, para efeitos desta análise, há a se identificar quanto às condutas individuais regidas pelo Direito Civil Moderno.

Sob esse segundo enfoque, a função somente pode ser compreendida por meio de um exame concreto, com uma contextualização espaço-temporal, que tome em conta os aspectos que propiciam a constituição e a manutenção do fenômeno em exame, oferecendo a ele um dado sentido. Ainda que um exame empírico possa oferecer subsídios para identificar uma função latente no conjunto de condutas ou de relações interprivadas em dado tempo e lugar, ele não escaparia do particularismo que se afasta do escopo dessa análise, pois não permitiria identificar caracteres funcionais dotados de suficiente generalidade para permitir a compreensão acerca do modo de pensar o direito que caracteriza esse Direito Civil Moderno, mas, sim, repercussões histórico-sociológicas, de inequívoca relevância, mas que extrapolariam os objetivos deste estudo.

Assim, não é no tocante às condutas individuais disciplinadas pelo Direito Civil que se dirige a análise de função, sob nenhum dos enfoques acima explicitados.

Analisa-se, pois, a possibilidade ou não de uma perspectiva funcional no atinente ao próprio Direito Civil Moderno (ou seja, não às condutas a que ele se dirige, mas ao conjunto de seus próprios princípios, regras, institutos).

Como disciplina jurídica que tem o “dever-ser” inerente à sua própria possibilidade de compreensão, uma análise funcional do Direito Civil Moderno pode render frutos mais auspiciosos.

Tome-se, primeiramente, o sentido normativo teleológico da categoria função. Embora o Direito Civil Moderno seja fundado na liberdade negativa, não há contradição em afirmar que ele possui um dado *telos* manifesto, que está vinculado à conduta livre.

Observe-se que identificar um direcionamento finalístico *a priori* para a própria conduta autônoma pode ser tarefa inglória, pois pode contradizer o próprio sentido da autonomia. Sem embargo, identificar um direcionamento finalístico *a priori* para o conjunto normativo que se aplica à conduta não ofende *prima facie* ao princípio da não-contradição, uma vez que a finalidade de uma regra pode ser, precisamente, assegurar um agir livre. Nesse sentido, somente haveria contradição entre função manifesta e liberdade na análise do Direito Civil Moderno caso a função de destinasse a objetivos concretos ou valores outros que viessem a tolher a própria liberdade negativa, sob a expressão de autonomia da vontade.

Afirmar-se que a função como “dever-ser” é a ausência de dever ser é paradoxo que não se apresenta na afirmativa de que a função aferível do exame dos objetivos caracteres do Direito Civil Moderno está vinculada à própria autonomia da vontade.

Não se trataria de função a preordenar condutas individuais impostas como regra, mas, sim, análise sobre a que o Direito Civil Moderno historicamente se dirigiu a proteger – e não necessariamente a que valores ou objetivos concretos se auto-propôs manifestamente a realizar.

Todavia, se tomarmos a função não sob uma compreensão teleológico normativa, como função manifesta, mas, sim, como função definidora de sentido, identificadora de como esse Direito Civil se constituiu e se manteve, ela passa a fazer sentido na seara de um Direito Civil Moderno fundado na autonomia da vontade ainda que a função não se identifique com a própria liberdade negativa. A

análise de função que se propõe, neste ponto específico, como ferramenta de análise – e não, como antes explicitado, como hipótese da tese -, não tem a pretensão de aproximação acerca de “como as coisas devem ser”, mas, sim, como aproximação a respeito de “como as coisas são”, na identificação das funções latentes que dali emergem.

Isso se deve ao fato de que essa função como definição de sentido não diz respeito ao *telos* que determina o “dever-ser” que se impõe ao próprio Direito Civil, mas, sim, identifica outros elementos funcionais explicativos desse Direito Civil Moderno.

Assim, parece, *prima facie*, viável o desenvolvimento de uma análise que possa servir de ferramenta para o cotejo crítico entre o que aqui se está a chamar de Direito Civil Moderno e o Direito Civil do Estado de Bem-Estar social, bem como entre estes e o Direito Civil Contemporâneo – em cuja seara se situa a construção desta presente tese.

Avulta, como se observa, a diferença do enfoque (e, mesmo de sentido) que aqui se oferece à função em relação àquela compreensão que ocupa a centralidade da tese, e que foi sumariada na seção anterior. Se ali o que deflui é uma compreensão sobre uma função prestacional em termos de liberdade(s) que pode – e deve – ser pensada inclusive no que tange às condutas individuais no âmbito da família, da propriedade e do contrato, a função a que se refere a presente seção é ferramenta de análise que pretende tomar como objeto o próprio Direito Civil Moderno, e não nas condutas por ele disciplinadas, que se desenvolverá a análise da seção 1.2.

Há uma razão de ser bastante presente nessa diferença no próprio emprego da categoria função: a hipótese da tese pressupõe possibilidade de fundamentação que não se enquadra no perfil oitocentista do Direito Civil. Qualquer tentativa de empregar a categoria função com o mesmo sentido que a ela é atribuído na formulação da noção de função como liberdade(s) seria incorrer em um anacronismo. Embora a propriedade, o contrato e a família sejam preocupações que permeiam a análise do Direito Civil oitocentista, o perfil desses institutos é bastante diverso, como bastante diversas são as próprias possibilidades de se pensar em suas funções àquela época.

Reitere-se: até mesmo as possibilidades de análise são diversas no cotejo entre o Direito Civil do século XIX e o do século XXI. Algumas questões – como a liberdade plural e funções prestacionais que a têm por conteúdo – podem sequer fazer sentido em um contexto histórico diverso. Tudo isso é revelador de que nem a função nem a liberdade como categorias que serão empregadas na seção seguinte são a mesma função e a mesma liberdade que integram a proposta da tese – e, pode-se dizer, tampouco a propriedade, o contrato e a família podem ser pensados nos mesmos termos nesses momentos diacrônicos que aqui são enfatizados.

1.3 A FUNÇÃO NO DIREITO CIVIL MODERNO DE MATRIZ LIBERAL

De modo coerente com as premissas assentadas na seção anterior, a análise de função que será levada a efeito neste ponto diz respeito tanto a um conjunto de funções manifestas que se encontram nos pensamentos que informam a constituição do modelo de Direito Civil Moderno e a sua interpretação como à possibilidade de se identificar uma função vinculada à própria autonomia privada.

Assim, além da explicitação doutrinária sobre o que se entendia como função na família, no contrato e na propriedade, será formulada ponderação sobre a viabilidade de se admitir, sobretudo na propriedade e no contrato, que uma função pertinente estaria vinculada à manutenção de um dado modelo de liberdade: a autonomia da vontade do indivíduo proprietário.

Tanto a conformação jurídica da normatividade desses institutos quanto às bases ideológicas identificadas no título anterior podem conduzir a essa conclusão.

Impende, porém, preliminarmente identificar as funções manifestas que ali se apresentam. Por evidente, não se pode pretender identificar uma unicidade nessas funções ao longo do século XIX – as pretensões expressas do início do século, que se colocavam como oposição ao Antigo Regime, não são as mesmas que aparecem ao final do século, a influenciar, por exemplo, o Código Civil alemão.

Por isso, é necessário realizar uma opção metodológica por um momento e um lugar determinados que permitam, simultaneamente, apreender as funções manifestas que ali se apresentam e as possibilidades de identificação de funções latentes.

Essa opção será coerente com aquilo que ocupou lugar de prevalência na análise acerca da liberdade dos particulares no título I: tomar-se-á como objeto de exame a formação do Código Civil francês de 1804.

Essa análise, porém, pode revelar expressões funcionais que transcendem as pretensões iniciais do *Code*, atingindo a formação do modelo de Direito Civil oitocentista, sobretudo no que se refere às suas funções latentes.

Talvez não se possa nesse momento histórico (é preciso reconhecer de antemão) apontar uma dimensão funcional interna ao Direito Civil, assim compreendida como definida na forma de princípios jurídicos. Não há uma “funcionalização” do Direito Civil – nem, muito menos, uma funcionalização social.

Mas há finalidades esperadas pelos agentes que constroem esse sistema de Direito como repercussões na sua forma de organização social e política.

Isso pode se evidenciar por meio de um interessante exemplo, extraído da obra de André-Jean Arnaud sobre as origens doutrinárias do *Code*, e que consiste em reflexão sobre o que se pretendia naquela codificação ao definir a propriedade como o direito de fruir e dispor dos bens da forma “mais absoluta”: *“A fórmula, que nos parece ser um pleonismo, se explica pelo clima geral daqueles tempos de ‘déféodalisation à outrance’”*.³³¹

O caráter da propriedade se define como o “mais absoluto” com base em uma concepção teórica que vincula propriedade e liberdade, mas com os olhos voltados a uma finalidade clara: sepultar o sistema de domínio feudal que ainda prevalecia no Antigo Regime.

Essa necessidade se manifestava tanto para extinguir esse regime proprietário em favor do “individualismo jacobino”, como se poderia qualificar a pretensão que se exprime à época da Declaração dos direitos do homem e do cidadão – que é a primeira expressão normativa desse caráter absoluto da propriedade – como, também, para proteger os adquirentes dos bens nacionais³³² (ou seja, das terras da Igreja que, após serem colocadas pela Revolução “à disposição da Nação”, foram alienadas pelo Estado aos particulares).

³³¹ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris : LGDJ, 1969, p. 191.

³³² ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 192.

É interessante notar que Napoleão Bonaparte interveio pessoalmente para assegurar esse caráter absoluto, sobretudo, em favor de pequenos proprietários rurais, por ele considerados “ao mais firmes apoios à segurança e à tranqüilidade do Estado”.³³³ A preocupação com a manutenção do poder político foi, como se observa, também uma preocupação no momento de elaboração da norma do artigo 544 do *Code*.

É irônico observar, como faz Marx, que esses pequenos proprietários foram precisamente os mais prejudicados pelo rígido sistema de garantia hipotecária do Código de Napoleão, ante a perda de suas terras em favor da satisfação do crédito das instituições bancárias:

*Mas o que, agora, provoca a ruína do camponês francês é precisamente a própria pequena propriedade, a divisão da terra, a forma de propriedade que Napoleão consolidou na França; justamente as condições materiais que transformaram o camponês feudal em camponês proprietário, e Napoleão em imperador. Duas gerações bastaram para produzir o resultado inevitável: o arruinamento progressivo da agricultura, o endividamento progressivo do agricultor. A forma "napoleônica" de propriedade, que no princípio do século XIX constituía a condição para libertação e enriquecimento do camponês francês, desenvolveu-se no decorrer desse século na lei da sua escravização e pauperização. E esta, precisamente, é a primeira das 'idées napoléoniennes' que o segundo Bonaparte tem que defender.(...) Mas no decorrer do século XIX, os senhores feudais foram substituídos pelos usurários urbanos; o imposto feudal referente à terra foi substituído pela hipoteca; a aristocrática propriedade territorial foi substituída pelo capital burguês. A pequena propriedade do camponês é agora o único pretexto que permite ao capitalista retirar lucros, juros e renda do solo, ao mesmo tempo que deixa ao próprio lavrador o cuidado de obter o próprio salário como puder. A dívida hipotecária que pesa sobre o solo francês impõe ao campesinato o pagamento de uma soma de juros equivalentes aos juros anuais do total da dívida nacional britânica. A pequena propriedade, nessa escravização ao capital a que seu desenvolvimento inevitavelmente conduz, transformou a massa da nação francesa em trogloditas. (...) A ordem burguesa, que no princípio do século pôs o Estado para montar guarda sobre a recém-criada pequena propriedade e premiou-a com lauréis, tornou-se um vampiro que suga seu sangue e sua medula, atirando-o no caldeirão alquimista do capital. O Code Napoléon já não é mais do que um código de arrestos, vendas forçadas e leilões obrigatórios.*³³⁴

³³³ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 192.

³³⁴ MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 130-131.

Não parece absurdo admitir que uma função latente (ou seja, não conscientemente pretendida) operada pelo *Code*, nessa linha, tenha sido a concentração da propriedade nas mãos de poucos.

A retirada pelo capitalista de “lucros, juros e renda do solo” acima referida se opera, todavia, com base no contrato. É por conta do contrato que a garantia hipotecária se constitui. E é por meio, portanto, da liberdade puramente formal que a lei assegura a todos, “capitalistas” (para usar a expressão de Marx) e camponeses, o acesso ao contrato que a hipoteca virá a garantir. E o que se contratou faz lei entre as partes.

Conforme Orlando Gomes, em referência ao *Code*, “seu espírito reflete a mentalidade individualista da época, tendo servido ao desenvolvimento das forças produtivas nascentes.

Essa lógica que deflui da autonomia da vontade, nesses termos, é algo que pode ser visto como contributo para a manutenção e reprodução dessa totalidade que é o sistema Capitalista que se consolida na França do século XIX.

Halpérin identifica, ainda, um sentido de “canalização da mudança social”, pertinente às mudanças econômicas que se produziam, embora “não pudessem supor a amplitude da revolução industrial que estava por vir”.³³⁵ Não seria leviano supor que o *Code* exerceu uma função latente importante nesse desenvolvimento, sobretudo em sua proteção da propriedade e da autonomia da vontade.

O mesmo Halpérin identifica no *Code* mais do que uma admissibilidade, mas até uma defesa da propriedade repartida de modo desigual. Além disso, admite como função do Direito Civil napoleônico “conter e enquadrar os proletários”.

É de se observar, como relata Claudia Lima Marques, que também na Alemanha esse Direito Civil fundado na autonomia da vontade, em sua expressão como liberdade contratual, está claramente vinculado a funções pertinentes à edificação do capitalismo.

Segundo a autora, alguns autores alemães contemporâneos como Zweigert, Koetz e Koenden sustentam que a tutela jurídica da liberdade contratual teria

³³⁵ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 112.

exercido uma tríplice função: a) permitir que os indivíduos aproveitassem da maneira *optimal* as potencialidades de um mercado livre, criando a livre concorrência; b) assegurar a cada contraente a “maior independência possível para se auto-obrigar” nos limites que desejasse, ficando adstrito ao *pacta sunt servanda*. Segundo o relato de Lima Marques, “ganha, assim, importância para o direito o consenso, a vontade do indivíduo, o conteúdo e os limites desta vontade, interna ou declarada”; c) “proteger” o indivíduo da ingerência de terceiros e, em especial, “da imputação de outras obrigações, para as quais não tenha manifestado sua vontade”.³³⁶

As manifestações funcionais acima identificadas não são contraditórias com a própria autonomia da vontade nos termos em que era pensada naquele momento histórico. Não se trata de “funcionalizar” a autonomia, uma vez que a manutenção do sistema é a garantia da liberdade de quem se mantém proprietário – e, nessa medida, é a garantia de reprodução da própria autonomia da vontade.

A respeito do contrato no Código Civil de 1804, é possível identificar na influência dos fisiocratas, antes mencionada, uma função manifesta: a livre troca de mercadorias³³⁷ – ou, de modo mais amplo, o livre trânsito de bens e de interesses.

A autonomia da vontade reside, como se vê, no *leitmotiv* da dimensão funcional identificável nesse momento histórico, seja nas funções manifestas, seja como pertinente ao que se revela como função latente.

Não se pode dizer o mesmo, porém, no que diz respeito às funções da família. Essa instituição é regida pelo Código a partir do *leitmotiv* de uma moral conservadora, de modo que as funções da sua disciplina jurídica residem na reprodução dessa mesma moral, evitando a “decomposição social”. A expressão é empregada por Frédéric Portalis, neto do famoso integrante da comissão redatora do *Code*, e que chancela, em meados do século XIX, a mesma racionalidade que emerge da obra do avô.³³⁸

Contemporâneo de Frédéric Portalis, Troplong, liberal “à outrance” em matéria de propriedade, também compreendia a família como um modo de organização

³³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

³³⁷ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**, p. 177.

³³⁸ NIORT, François. **Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle**, p. 112.

hierárquica que deve seguir a moral tradicional. Cabe transcrever passagem reveladora do que se está a sustentar, citada por François Niort:

Il fallait aux démagogues régnants à cette époque l'égalité à tout prix, l'égalité poussée à l'extrême, l'égalité sans limites et sans mesure : elle procédait par assimilation, son niveau était un joug absolu sous lequel elle courbait et rangeait sur la même ligne l'incapacité et le génie, la vertu et la débauche, l'inceste et la fidélité conjugale. De la loi morale, il n'en était tenu aucun compte (...) Non seulement l'autorité, mais la révérence paternelle était abolie (par la disparition de la liberté testamentaire). (...) Le mari était destitué du pouvoir domestique : la famille était sans direction et sans gouvernement, la femme ne trouvait dans le mariage nul appui pour sa faiblesse, seulement une liberté illimitée qu'aucune barrière ne séparait de la licence.³³⁹

Essa crítica é coerente com o espírito do *Code* em matéria de família, em suas funções manifestas. O exame do “Discurso Preliminar” de Portalis é sempre uma ferramenta útil para compreender o pensamento de que o *Code* está imantado:

Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité. Les sentiments s'affaiblissent en se généralisant : il faut une prise naturelle pour pouvoir former des liens de convention. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens.³⁴⁰

Com base nessas pretensões institucionais é que se justifica o tratamento diferenciado entre filhos legítimos e ilegítimos, inclusive quanto ao direito sucessório. Afinal é isso que demandam a prevalência do casamento, a manutenção dos bons costumes e, mesmo, o interesse da sociedade.

A liberdade se reduz a contrair matrimônio: trata-se de “contrato” cuja opção

³³⁹ NIORT, François. **Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle**, p. 112.

³⁴⁰ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

pela celebração ou não é algo que resta à disposição da autonomia da vontade.

Trata-se da “autonomia” para inserir-se em um regime autoritário de intersubjetividade, seja pela imposição estatal de parâmetros rígidos, seja pela hierarquização cogente da instituição familiar.

As regras sobre a família, portanto, atendem à função manifesta de preservar um dado modelo de sociedade e sua moral.

Essa conclusão pode ser corroborada pelo exame de uma *sui generis* leitura contemporânea saudosista do “espírito do século XIX”, como aquela formulada por Joël-Benoit d’Onorio. Ele admite a “ruína da herança de Portalis nos dias de hoje”, lamentando a “destruição da família” que essa ruína promoveu. Cita exemplos dessa “destruição” na facilitação do divórcio, pela “promoção do concubinato”, pelo “sacrifício do patronímico em nome da paridade”. Critica ainda de modo veemente a “familiarização da homossexualidade” e a chancela da “pseudo família monoparental”, “vilipendiando” a instituição familiar. Conclui afirmando que “a passagem insidiosa do singular ao plural permitiu uma banalização jurídica e moral” das relações familiares.

Implicitamente, ao formular essa crítica, d’Onorio traz à tona a função manifestamente heterônoma que o tratamento jurídico da família possuía no *Code*.

Esse modelo, a rigor, pode ser reputado como pertinente à moral burguesa típica do século XIX. É interessante notar, que esse mesmo Código foi acusado, por vozes conservadoras pautadas em um Direito de Família pré-revolucionário, como uma lei “destruidora da família”, por admitir o divórcio e limitar o exercício do pátrio poder.³⁴¹ O modelo do Código Civil é, a rigor, conservador em relação ao Direito revolucionário, nas fases que antecedem o Diretório e o governo de Napoleão, mas não chega a ser um retorno completo à lógica típica do Antigo Regime (embora dela se aproxime).

Uma síntese das funções manifestas do *Code* pode ser encontrada na descrição de Alain Sériaux a respeito da ideologia que o informou:

Contra a Revolução, sua política familiar que se anuncia como um

³⁴¹ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 81.

*retorno aos valores morais tradicionais. Com a Revolução, eles (os redatores do Code) julgavam indispensável manter a abolição do regime feudal dos bens: política social, dir-se-ia nos dias de hoje. Para além da Revolução, sua política econômica se destina a encorajar o comércio, fonte de enriquecimento da Nação.*³⁴²

Suas funções latentes, a seu turno – explicitadas ao longo desta seção, e identificadas principalmente com o oferecimento de contributos ao desenvolvimento capitalista, à superlativização da relevância da propriedade privada e da vinculação da liberdade individual às situações proprietárias, com agravamento das diferenças sociais - podem ser cogitadas como funções latentes também presentes nos Códigos que se seguiram, inclusive no Código Civil Brasileiro de 1916 (cujo desprezo pelas questões sociais, sobretudo referentes às relações de trabalho,³⁴³ logo revelaram sua inadequação à nova racionalidade que se impunha no século XX).

Tais manifestações funcionais, como visto, não conflitam com o perfil da liberdade dos privados no Direito Civil moderno, e encontram sustentação na estrutura das codificações, como se observará a seguir.

1.4 REPERCUSSÕES ESTRUTURAIS DO PERFIL DA LIBERDADE DOS PRIVADOS NO DIREITO CIVIL MODERNO NA CONFIGURAÇÃO DAS GRANDES CODIFICAÇÕES E DOS SEUS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS

Após a identificação das funções manifestas e de possíveis funções latentes dos institutos jurídicos no Direito Civil de matriz liberal oitocentista, cabe investigar como essas funções e como o perfil da liberdade com elas coerente definem a configuração das grandes codificações e, sobretudo, dos próprios institutos nelas disciplinados.

Trata-se de uma investigação crítica (ainda que breve) sobre o perfil formal e material desse modelo de Direito Civil que o século XX buscou superar por meio da funcionalização.

³⁴² SÉRIAUX, Alain. **Le Code Civil entre artisanat et ideologie**. Droits : Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique. n. 42. Paris : PUF, 2005, p. 121.

³⁴³ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 32.

O primeiro objeto de apreciação será a estrutura do Código Civil Francês, pautada sobretudo na propriedade – a ponto de disciplinar o próprio casamento, ao menos na sua inserção formal, pela lógica das relações patrimoniais (de modo específico, o contrato, como meio pelo qual se adquire a propriedade).

É conhecida a repercussão que a propriedade individual (e, nessa medida, anti-feudal) exerce sobre o *Code*. Sendo a propriedade a “alma universal da legislação”, seria de se esperar que ela fosse também o fio-condutor da estrutura da codificação.

Nada obstante o primeiro livro do Código Civil de 1804 seja intitulado “Das Pessoas”, a pessoa a que ele se refere é qualificada pelos dois livros seguintes: “Dos bens e das diferentes modificações da propriedade” e “Dos diversos modos pelos quais se adquire a propriedade”.

Como relata Orlando Gomes, esse último livro – no qual, pode-se complementar, reside o espaço privilegiado da autonomia da vontade – cobre mais de dois terços do *Code*.

Ali são disciplinadas as questões atinentes às obrigações, testamentos, garantias reais e os regimes de bens, inseridos nesse livro a partir da lógica que qualifica o casamento como um contrato.

A qualificação do *Code* por Halpérin como um “breviário dos proprietários”³⁴⁴ parece, portanto, bastante adequada. Seria possível dizer, em complemento: um breviário dos proprietários “livres”, e que são livres porque são proprietários. Essa liberdade, conforme demonstrado no título anterior deste trabalho, se apresenta como autonomia da vontade.

Essa mesma autonomia da vontade está vinculada à figura jurídica do sujeito de direito inserido no modelo abstrato de relação jurídica, como esquema geral que estrutura o Código Civil alemão (BGB). Também faz sentido, nessa esteira, o exame da estrutura formal do Código Civil alemão (BGB), bem como das codificações por ele inspiradas – destacadamente, aqui, o Código Civil brasileiro de 1916, ao menos em sua estrutura formal -, à luz da sua compreensão como uma “biografia do sujeito

³⁴⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**, p. 56.

de direito”³⁴⁵.

Ou seja: do sujeito de direito abstratamente concebido como elemento da relação jurídica, livre para contratar, testar, casar e, sobretudo, para usar, fruir e dispor de sua propriedade.

Trata-se de tomar como ponto de partida a abstração da relação jurídica, definindo normativamente seus elementos (pessoas, bens e fatos jurídicos), para, na sequência, estabelecer as relações jurídicas específicas que podem ser reputadas merecedoras de relevância jurídica.

Têm-se, assim, quatro livros, pertinentes ao direito das obrigações, aos direitos reais, ao direito de família e às sucessões. Significa dizer que aquele sujeito de direito adquire relevância jurídica quando integra relações jurídicas pertinentes ao contrato, à responsabilidade civil, à propriedade, à posse, aos direitos reais sobre coisa alheia e à sucessão no patrimônio. Mesmo no âmbito das relações familiares a relevância maior é atribuída às questões patrimoniais.³⁴⁶

O sujeito que não se enquadra nessas relações não integra, efetivamente, como afirma com precisão Luiz Edson Fachin, a condição de sujeito de direitos – e, portanto, não se insere no âmbito da liberdade juridicamente protegida. Trata-se de expressão evidente do individualismo proprietário, sendo, de modo coerente com a dimensão funcional própria do século XX, “nitidamente capitalista, informado, embora, por princípios jurídicos de um individualismo menos liberal do que o francês”, nas palavras de Orlando Gomes.³⁴⁷

Menos liberal mas, nem por isso, menos individualista, A respeito dos Códigos Civis suíço e alemão, Bonnecase, em análise laudatória do caráter individualista do Código Civil francês (que identifica como pertinente a uma dimensão funcional do *Code*) afirma que também aqueles estão impregnados dessa filosofia. Sobretudo no que tange ao BGB, Bonnecase cita a crítica que Saleilles (a quem qualifica como adepto de uma concepção vinculada ao Direito social) formula

³⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

³⁴⁶ LOBO, Paulo Luiz. **A repersonalização das relações de família**. In: Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre, v. 24, p. 136-156, 2004; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **O “Ser” e o “ter” na codificação civil**. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁴⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 66.

ao BGB: no entender de Saleilles, seria bastante “duvidoso” que (o BGB) seja reputado como integrante do Direito social que estaria a se constituir.³⁴⁸

As funções manifestas e latentes explicitadas sumariamente na seção anterior se vêem confirmadas na estrutura formal dessas codificações, mas, também, no seu conteúdo material.

O liberalismo que marca as relações patrimoniais, restringindo a intervenção estatal nos contratos e na propriedade se manifesta de modo muito diverso quando se trata do Direito de Família.

Orlando Gomes, subscrevendo expressão de Pontes de Miranda, aponta, por exemplo, no Direito Civil brasileiro do início do século XX a expressão de um “privatismo doméstico”.³⁴⁹ Essa expressão será problematizada no título III. Desde logo, porém, não se pode deixar de notar que se a estrutura familiar patriarcal permitia - por meio da afirmação da autoridade do pai e marido - o estabelecimento *interna corporis* dos rumos da unidade familiar, repelindo a intervenção jurisdicional, há intervenção legislativa prévia, a definir a própria chefia da família na figura do marido.

Além disso, o caráter autoritário se expressa na disciplina filiação, com a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e pelas restrições impostas até mesmo ao reconhecimento destes últimos quando se trata de home casado.

O mesmo se diga da unicidade do modelo legislado centrado no casamento, repelindo do âmbito de proteção jurídica outros modelos familiares.

Trata-se, em matéria de família, de Códigos que não visam a preservar a liberdade individual, mas, sim, assegurar a prevalência e a reprodução de uma moral social pertinente àqueles que exercem posições de poder na sociedade. O pluralismo moral em que se situam possibilidades outras de desenvolvimento da personalidade – e, portanto, de exercício de liberdade pessoal- por meio da coexistência familiar ficam à margem do jurídico naquele momento histórico.

³⁴⁸ BONNECASE, Julien. **La filosofía del Código de Napoleon aplicada al Derecho de Familia**. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1945, p. 98. Embora Orlando Gomes, em oposição, ali identifique “gotas de socialismo”. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 36.

³⁴⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 14.

Esse caráter autoritário se manifesta nas mesmas legislações que proclamam a liberdade econômica. Esta se proclama ampla: a liberdade moral é restringida.

Cabe, aqui a crítica formulada pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Wendell Holmes, citado por Pontes de Miranda (embora a crítica não tenha, originalmente, mirado o Direito de Família, mas, sim a relação entre o contrato e a dimensão existencial dos contratantes):

*Quando o juiz HOLMES, no caso Lochner v. New York (198, U.S., 45), apontou a perversão que se patenteava sempre que se ligava à liberdade econômica a liberdade pessoal, pôs o dedo na chaga da burguesia: intransigentes da defesa da liberdade econômica, que nada tem com o conceito de liberdade individual, de liberdade do homem como pessoa, os tribunais são frágeis, transigentes e transigidores, no que concerne à liberdade moral, bem mais respeitável do que todas.*³⁵⁰

É com base nesses caracteres, de liberalismo econômico para as relações patrimoniais e de conservadorismo e rigidez moral para as relações de família que se erigem as codificações oitocentistas, seja na sua elaboração original, seja na sua permanente recriação doutrinária.

Esse modelo centrado no individualismo proprietário e em um perfil formal de liberdade restrito à propriedade e ao contrato é que será, ao longo do século XX, objeto de negação. Uma das formas de superação dessa racionalidade foi a funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil, de modo especial a propriedade e o contrato.

A resposta original, porém, em boa parte de seu conjunto de elaborações doutrinárias, não parecia alvissareira quanto ao direito de liberdade. Em sua expressão formal e negativa, como autonomia da vontade, a liberdade que se reduzia a esse perfil típico do Direito Civil do século XIX foi, nesse primeiro momento, um dos “adversários” do nascente “direito social”. É o que se examinará no capítulo seguinte.

³⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo VI. São Paulo: RT, 1968, p. 36.

2 A FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL NO SÉCULO XX

O modelo de Direito Civil pautado na lógica da propriedade como direito absoluto (no sentido que lhe atribui o *Code*), sede da liberdade individual e que adquire sua dimensão dinâmica por meio da autonomia da vontade exercida no contrato entra em crise já ao final do século XIX, sendo transformado ao longo do século XX.

Essa crise acaba por colocar em uma posição de centralidade um aspecto que, como exposto, tinha caráter, quiçá, secundário na construção jurídica dos séculos XVIII e XIX: trata-se da dimensão funcional do Direito Civil.

Essa valorização da dimensão funcional integra um conjunto de transformações que inicialmente são identificadas como uma “socialização” ou uma “publicização” desse ramo do Direito³⁵¹, marcando uma expressiva mudança de perfil de seus institutos fundamentais.

Coerentemente com essa lógica que supõe uma diluição de fronteiras entre Direito Público e Direito Privado, bem como uma crítica ao individualismo que servia de fio-condutor para o perfil liberal da construção civilista do século anterior, o século XX vê construir-se um Direito Civil funcionalizado a objetivos qualificados pelo traço da socialidade.

Essa característica será um dos aspectos mais relevantes da doutrina a respeito da propriedade e do contrato – uma vez que a família, cujo caráter funcional era, paradoxalmente, muito mais marcante no século XIX, passa no século XX por um caminho que a desloca das funções institucionais que remetiam à exterioridade da convivência social para atribuir-lhe funções pessoais, atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade dos seus componentes.

A peculiaridade do Direito de Família faz com que ele se desloque da lógica própria à proposta deste capítulo, pertinente à funcionalização social de sentido coletivo. Por isso, as transformações dessa matéria no âmbito do Direito Civil será analisada apenas no título III, em conjunto com o desenvolvimento da proposta de

³⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 257.

fundamentação funcional objeto deste trabalho.

O escopo específico deste capítulo é, portanto, o estudo dos fundamentos e dos caracteres que marcam a funcionalização da propriedade e do contrato, sobretudo ao longo do século XX – e, de modo especial, nas suas primeiras décadas.

A análise proposta se iniciará com o exame daquela que é, provavelmente, a mais radical expressão da funcionalização dos institutos de Direito Civil, ao menos em termos conceituais: a concepção negativa dos direitos subjetivos de Leon Duguit, que afirma propriedade e liberdade como funções atribuídas aos indivíduos perante a sociedade.

Em um segundo momento, realizar-se-á a apreciação crítica do embate doutrinário entre os que concebem a função social como limite externo e aqueles que a apontam como contributo destinado ao interesse coletivo e ao bem comum. Essa apreciação partirá, na verdade, de uma base teórica que ainda se situa no século XIX – ou seja, o pensamento de Ihering sobre os fins do Direito – ante a sua relevância instrumental à compreensão do debate travado ao longo do século seguinte.

Após essa explicitação desse panorama doutrinário acerca da funcionalização, será colocada em pauta a questão atinente a uma possível crise dessa pretensão, bem como serão indicados caminhos de problematização que poderá servir de ferramentas para a construção de um repensar funcional dos institutos do Direito Civil - que pode ser integrado pela noção de função como liberdade(s).

2.1 FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO SUBJETIVO EM LEON DUGUIT

Talvez a mais marcante e radical doutrina a respeito da função social no Direito Civil ao início do século XX tenha sido formulada por León Duguit. Nada obstante as críticas que possa merecer, a concepção sustentada pelo jurista francês influenciou muitas das compreensões a respeito da função social, sobretudo da propriedade, ao longo do último século. Daí ser impossível levar a efeito uma adequada análise do perfil funcional do Direito Civil novecentista sem um exame

crítico acerca do pensamento de León Duguit.

Duguit não foi, por certo, o primeiro a afirmar o caráter social dos institutos de Direito Privado. Antes dele, partindo de bases teóricas diferentes entre si, Augusto Comte – base do pensamento de Duguit – e Ihering já sustentavam finalidades sociais às quais se destinam propriedade, contrato e família.

Por isso, como se percebe, a escolha por iniciar esta análise com o pensamento de Duguit não é pensada em termos cronológicos – já que a doutrina de Ihering, por exemplo, apesar de lhe anteceder, será examinada na seção seguinte. A opção se dá pelo fato de que, como será possível observar no desenvolvimento deste texto, as concepções que o antecedem ou não foram tão radicais em seus fundamentos e sua extensão (como Ihering) ou não foram pensadas a partir do lugar teórico do direito (como é o caso de Augusto Comte). Além disso, foi após Duguit que o desenvolvimento de uma doutrina social sobre o Direito se torna mais intenso, seja subscrevendo as teses do autor, no todo ou em parte, seja rechaçando-as. Tomando-se como parâmetro a doutrina brasileira, a maior parte dos autores que se dedicam sobretudo ao estudo da função social da propriedade toma como um de seus marcos teóricos (ainda que em sentido crítico) a teoria de Duguit, ainda que não a subscrevam na sua expressão mais autêntica.

A problematização do pensamento desse autor a respeito da função social diz respeito, portanto, a rigor, a um perfil da função social dos institutos de direito civil (sobretudo da propriedade) que, como visto, é um marco na doutrina do século XX. Essa problematização é, também, análise crítica de alguns dos fundamentos da concepção de função social da propriedade adotada por parte da doutrina brasileira ao longo do século XX.

Pautado, sobretudo, no Positivismo de Augusto Comte, Duguit constrói sua teoria de modo a contestar toda concepção por ele reputada como “metafísica” e individualista e afirmar a concretude da solidariedade social – e, sobretudo, das regras que mantêm essa solidariedade - como a fonte da compreensão a respeito do Direito e do Estado. Rechaça, ainda, o autor, coerente com seu positivismo científico, qualquer dimensão axiológica que se pretenda identificar no Direito.

É com base nisso que Duguit nega o conceito de direito subjetivo, reputado como dotado de insustentável base metafísica, e afirma que aquilo a que se chama

de direitos nada mais seria que um conjunto de funções atribuídas aos indivíduos na consecução das regras que asseguram a solidariedade social.³⁵² Nega, também, qualquer dimensão axiológica ao Direito, que se afastaria da pretensão positivista de objetividade.

A própria liberdade individual não seria um direito, mas, sim, um dever, uma função.³⁵³ Não se trata, porém, de uma função como liberdade(s) nos termos cogitados na tese que se está a desenvolver: se a função como liberdade(s), na tese, consiste na compreensão de que os institutos de Direito Civil têm entre suas funções a proteção e o incremento da liberdade coexistencial, em Duguit o entendimento é o de que a liberdade é um dever que se realiza em prol do todo social, de sua coesão, da manutenção dos laços de solidariedade. “A liberdade não é, senão, a liberdade de cumprir seu dever social”, como afirma o autor.³⁵⁴

Pretende-se nesta seção, portanto, problematizar essas concepções de liberdade e de propriedade como função, seja para identificar o sentido que o social ali adquire, como para contextualizar historicamente a tese sustentada por Duguit ou, ainda, para construir criticamente ferramentas de análise da repercussão do pensamento do autor - sobretudo na compreensão doutrinária a respeito da propriedade fundiária no Brasil do século XX (e que será examinada mais adiante, no desenvolvimento deste trabalho).

A base filosófica sobre a qual se assenta a função social em Duguit é, como exposto, o positivismo comtiano³⁵⁵, sobretudo o conceito de solidariedade. Trata-se de compreensão sobre a solidariedade que é muito próxima do que Émile Durkheim qualifica como solidariedade orgânica.

Durkheim, cuja doutrina também se assenta sobre as bases da sociologia positivista de Augusto Comte, distingue duas espécies de solidariedade positiva: a solidariedade mecânica, que qualifica como prevalente de sociedades tradicionais

³⁵² DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**, p. 29.

³⁵³ DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**. P. 47.

³⁵⁴ DUGUIT, Leon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1911, p. 13 (traduzimos).

³⁵⁵ DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**, p. 13.

de tamanho reduzido, e a solidariedade orgânica, que consiste na interdependência entre os integrantes de uma sociedade marcada pela divisão do trabalho.

Assim, a solidariedade mecânica consistiria em vínculos pautados na similitude, de modo que “as tendências comuns a todos os membros da sociedade superem em número e intensidade as que pertencem pessoalmente a cada um deles”.³⁵⁶

A solidariedade orgânica, a seu turno, se define como interdependência que decorre, sobretudo, da divisão do trabalho³⁵⁷.

Em ambos os casos, solidariedade pode ser compreendida como a coesão entre os membros de uma sociedade. É precisamente na manutenção dessa coesão social, que ensejaria a ordem necessária ao progresso da sociedade humana, que está situada a função dos indivíduos.

A seguinte passagem bem ilustra o que Duguit entende por solidariedade:

*O homem, diríamos nós, é unido aos outros homens por vínculos de solidariedade social. Para evitar o termo solidariedade, pode-se falar em interdependência social.*³⁵⁸

A vinculação ao pensamento de Durkheim é expressa:

A observação demonstra, de outro lado, que com a solidariedade pela divisão do trabalho se ampliando mais e mais, a solidariedade por similitudes resta em segundo plano.

(...)

É Durkheim, em seu belo livro “A divisão do trabalho social”, o primeiro a determinar a natureza íntima da solidariedade social e a mostrar suas formas essenciais: a solidariedade por similitudes e a solidariedade por divisão do trabalho; ele denomina a primeira, também, de solidariedade mecânica, e a segunda de solidariedade

³⁵⁶ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 106

³⁵⁷ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, p. 85.

³⁵⁸ DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 2^{ème} ed. Paris : Fontemoing Éditeurs, 1911, p. 9. (traduzimos)

orgânica.³⁵⁹

Não se trata, portanto, da compreensão de solidariedade a que se refere relevante parcela da doutrina civilista contemporânea³⁶⁰, de diversas vertentes, que remete, sobretudo, à noção de alteridade.

Isso se confirma nas palavras Pietro Perlingieri, que afirma os múltiplos sentido que a solidariedade pode adquirir, mas define a solidariedade constitucional como

a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.³⁶¹

O próprio fundamento da solidariedade no entender de Perlingieri é revelador da evidente diferença entre a sua concepção e o solidarismo positivista de Duguit: “A pessoa é inseparável da solidariedade: ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”.³⁶²

Luiz Edson Fachin traz a noção de alteridade como coexistência, ao ensinar

³⁵⁹ DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 2^{ème} ed. Paris : Fontemoing Éditeurs, 1911, p. 9-10.(traduzimos)

³⁶⁰ Deve-se reconhecer, todavia, que há posição doutrinária relevante que, sem descartar a solidariedade como valor, toma como ponto de partida seu sentido fático de coesão social, com pretensões de eliminação ou redução de conflitos, em termos semelhantes àqueles identificados em Duguit. Nesse sentido, colhe-se a definição de Judith Martins-Costa: “Antes de mais, a palavra ‘solidariedade’ traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito da Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estreitamente egoística do Direito. Torna-se, pois, exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver ‘uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio ordenamento jurídico’”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Mercado e Solidariedade Social**. In: Judith Martins-Costa (coord.) A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2002, p. 620-621). Em sentido semelhante, ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio. **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111.

³⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

³⁶² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**, p. 461.

que somente se pode conceber a pessoa em relação.³⁶³

Maria Celina Bodin de Moraes, a seu turno, assim diferencia a solidariedade fática – que se aproxima da noção de solidariedade orgânica – da solidariedade como valor, por ela preconizada, com base nos objetivos do art. 3º da Constituição da República:

*Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Essa regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro’. É o conceito dialético de ‘reconhecimento’ do outro.*³⁶⁴

Antonio Junqueira de Azevedo, por sua vez, mesmo partindo de paradigma diverso – uma vez que critica o personalismo ético, doutrina em que está marcadamente pautado o pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes – também trata da solidariedade ética (para além da solidariedade grupal) como respeito à alteridade, ao afirmar a identificação recíproca dos seres humanos, como uma “solidariedade universal no sentido de empatia, por sermos todos da mesma espécie”.³⁶⁵

Como se observa, não se trata, em nenhuma dessas concepções, de uma noção de solidariedade – ao menos em seu sentido prevalente - como coesão do todo ensejada pela interdependência entre as partes. O sentido axiológico de respeito à alteridade em que se pauta o conceito contemporâneo de solidariedade na doutrina civilista contemporânea pouco guarda, portanto, de semelhança com o conceito de solidariedade a que se referem Comte, Durkheim e Duguit. Tem-se,

³⁶³ FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138-139.

³⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: _____. *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 29.

aqui, claramente, o emprego de um mesmo significante com significados bastante diversos.

Na obra de Duguit, portanto, tem-se que aos integrantes da sociedade são atribuídas funções que devem promover a solidariedade orgânica, a coesão social entre eles. É com base nessa concepção totalizante que Duguit, sempre fiel à sociologia comtiana, critica a “metafísica” e o individualismo próprios do modelo de direito oitocentista, em especial no que tange aos institutos fundamentais do direito privado.

Em oposição ao individualismo, Duguit sustenta o que denomina de um “socialismo”, que, deve ser entendido como uma supremacia do social sobre o individual, em uma concepção francamente totalizante. A sociedade seria o lugar do real, ao passo que o individualismo seria “metafísico”. Não se trata, como se vê, daquilo que se tem como expressão corrente do socialismo, a partir da filosofia de Marx. Duguit, aliás, como Comte, rechaça a coletivização da propriedade e critica com veemência a luta de classes, pois ela viria de encontro com as pretensões de ordem e de coesão necessárias ao progresso da humanidade.³⁶⁶

No âmbito estrito do individualismo do direito privado, a crítica “socialista” ou “solidarista” (nos sentidos próprios acima explicitados) que pode ser reputada como a ante-sala de todas demais diz respeito ao conceito de direito subjetivo. Qualificado por Duguit como um conceito metafísico por partir da vontade (também metafísica no entender do autor, por não ser possível à “ciência positiva” aferir objetivamente sua natureza, sua força ou a possível relação entre vontades de dois ou mais indivíduos³⁶⁷), é o direito subjetivo negado pelo autor, que, em seu lugar, insere o conceito de função social.

Não haveria direitos subjetivos de titularidade dos indivíduos, como poderes

³⁶⁶ DUGUIT, Leon. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L'Etat**: Conférences faites a L'École des Hautes Études Sociales. Paris: Felix Alcan, 1908.

³⁶⁷ Como se observa, Duguit parte de uma concepção de direito subjetivo que é estritamente voluntarista, e, por isso, sem cogitar de ressignificá-lo, prefere qualificá-lo como algo que “não pode ser mantido em uma época de realismo e positivismo como a nossa” (DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**. Paris: Felix Alcan, 1912, p. 13). Com efeito, a crítica de Duguit é, a rigor, um corolário da concepção evolutiva de Comte: viveríamos, pois, no estado positivo, como superação do estado metafísico (que, a seu turno, é a superação do estado teológico), sendo metafísico tudo o que não for objetivamente aferível pela ciência positivista. (COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 4 e ss.).

de vontade, mas, tão-só, funções que eles devem cumprir em benefício da sociedade. Por benefício da sociedade entenda-se, como antes explicitado, o fortalecimento da solidariedade orgânica entre seus integrantes, com a manutenção da coesão social.

Vale dizer: o que Duguit afirma é que as pessoas têm funções sociais, entre as quais estão a liberdade e a propriedade.

É esse o sentido que se atribui, em Duguit, à “liberté-fonction” e à “propriété-fonction”. Não são propriedade e liberdade que têm funções sociais: elas são funções sociais atribuídas aos indivíduos. Ou seja, os indivíduos têm o dever perante a sociedade de exercício da liberdade e da propriedade em conformidade com as exigências de manutenção da solidariedade orgânica.

Sendo esta última desenvolvida pela divisão do trabalho, tanto a liberdade-função como a propriedade-função são pensadas como exercidas tanto em favor de terceiros quanto, também, do próprio titular dessas funções. Quando o proprietário emprega seus bens em proveito próprio e de sua família está a exercer atos que se enquadram no âmbito da divisão do trabalho que engendra a solidariedade social³⁶⁸.

A referência conjunta à propriedade e à liberdade em Duguit é, aqui, proposital: a rigor, na obra do autor, tanto uma quanto outra são prestações que o indivíduo oferece à coesão social. Nem são direitos fundamentais, nem, muito menos, pensa-se a propriedade como dotada de uma função vinculada à promoção de liberdade. São, em última instância, prestações que se dirigem a elementos que são externos à pessoa, em detrimento do desenvolvimento de sua subjetividade, de uma preocupação com sua autoconstituição³⁶⁹.

³⁶⁸ DUGUIT, León. **Les transformations du Droit Privé**, p. 145.

³⁶⁹ É exemplar, nesse sentido, a crítica de José Antônio Peres Gediel, quando se refere à incidência dessa concepção funcionalista sobre o trabalho humano, tomado ele próprio como “função social”: “Assim, apesar das marcantes diferenças entre as correntes liberais, institucionalista e funcionalistas, que constituíram o arcabouço teórico dessa área do conhecimento jurídico, nota-se, por exemplo, que o denominado Direito Social apenas buscou descaracterizar o trabalho como mercadoria mensurável a preço de mercado, para reconhecê-lo como função social. Como se percebe, o núcleo das preocupações dessas correntes teóricas se localiza na atividade laboral objetivada em seu preço, ou em seu valor social, mas sempre desvinculada do sujeito que a realiza. Em síntese, o trabalhador só adquire relevância jurídica, a partir de elementos que lhe são externos, seja o interesse social, seja o interesse do mercado e aparece dissociado do trabalho que expressa sua subjetividade”. (GEDIEL, José Antônio Peres. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 153).

A liberdade, aliás, por si só, ante a negação que Duguit faz do direito subjetivo, não é reputada valor jurídico dotado de centralidade. Seu exercício, assim como o exercício da propriedade, seja em favor de terceiros seja em favor do próprio titular da função, é um dever. Nas palavras de Duguit:

*Desse modo, na concepção solidarista, a idéia de liberdade-direito desaparece para dar lugar à liberdade-dever, à liberdade função social. E hoje, incontestavelmente, essa concepção nos parece dominante nas idéias, nos costumes e nas leis positivas.*³⁷⁰

O tratamento dispensado à liberdade segue a mesma lógica empregada pelo autor para a definição da propriedade-função. Duguit aponta expressamente duas premissas a esse respeito:

*1º - O proprietário tem o dever e para tanto o poder de empregar a coisa que detém para a satisfação de necessidades individuais, e particularmente de suas próprias, de empregar a coisa ao desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se pode esquecer que, com efeito, que a intensidade da divisão do trabalho social tem relação direta com a intensidade da atividade individual.*³⁷¹

*2º - O proprietário tem o dever e para tanto o poder de empregar a coisa para a satisfação de necessidades comuns, das necessidades de toda uma coletividade nacional ou de coletividades secundárias.*³⁷²

Especificamente no que tange à propriedade, o autor afirma que “a propriedade, que repousa unicamente sobre sua utilidade social, não deve existir senão na medida dessa utilidade social”³⁷³. O fundamento é, portanto, exterior ao

³⁷⁰ DUGUIT, León. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Columbia. Nova York, 1920. Disponível em <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67860z.r=duguit.langPT>. Consultado em 5 de março de 2009.

³⁷¹ Ou seja, segundo o autor, empregar a coisa em benefício próprio é algo que se admite por uma razão fundamental, que não diz respeito diretamente à dignidade ou à subjetividade do agente que exerce o pertencimento: empregar a coisa em proveito próprio é contribuir para o desenvolvimento da fonte mais relevante da interdependência que forja a solidariedade orgânica.

³⁷² DUGUIT, León. **Les transformations** ..., p. 145 (tradução livre)

³⁷³ DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tome Troisième. Paris: Fontemoing, 1923, p. 618. (tradução livre)

desenvolvimento da personalidade daquele que, direta ou indiretamente, se beneficia da propriedade. A preocupação central não reside na pessoa, mas, sim, no todo por ela integrado.

Tanto a liberdade quanto a propriedade são vistas, em suma, como deveres que se impõem externamente aos indivíduos, que são compreendidos como “funcionários” da sociedade, esse ente organicamente constituído que, no pensamento do autor, é o lugar da realidade aferível pela ciência positivista, e cuja coesão é a finalidade última da ação humana. Não seria demasiado supor que, em Duguit (como em Comte), a própria pessoa existe para a sociedade.

É preciso que se ressalte, sem embargo das diversas críticas de que é merecedor, a relevância do pensamento de Duguit na superação do individualismo oitocentista. A questão reside nos fundamentos dessa superação, bem como no sentido que Duguit atribui a essa função social, correspondente a essa compreensão de sociedade que ele qualifica como “realista” – a despeito de excluir dessa realidade a complexidade de que os vínculos sociais se revestem, sem pensá-los em termos dialéticos.

Giselda Hironaka chega a afirmar que “certamente, a doutrina de Duguit não foi aceita em sua integralidade, mas poderíamos assegurar, acompanhando Fernando Pereira Sodero, que foi aceita nas suas conclusões”³⁷⁴.

Nada obstante isso, talvez seja possível sustentar que nem mesmo no plano das conclusões a doutrina parece adequada à contemporaneidade. A contribuição mais relevante do autor talvez seja a crítica ao individualismo, sem que, todavia, se possa subscrever nem seus fundamentos nem a proposta de superação construída pelo autor.

O desenvolvimento dessa crítica será levado a efeito no título III deste trabalho. Neste momento, porém, é relevante, como conclusão parcial desse exame das idéias de Duguit, ressaltar a pertinência histórica dessa construção teórica, que, seja por conta de seus seguidores, seja por conta da crítica formulada por seus detratores, é um marco na superação do modelo de Direito Civil cujas bases foram anteriormente descritas. Essa oposição radical ao individualismo liberal (ainda que imantada de um conservadorismo positivista) é coerente com os embates que

³⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 106.

marcavam aquele início de século XX, em que a sociedade burguesa oitocentista, como se aprisionada na “montanha mágica” de Thomas Mann, insistia, mesmo precipitando-se para seu ocaso, em avançar sobre o século seguinte. Trata-se, pois, este exame, de etapa indispensável ao sentido dialético de que se reveste o método de construção a que se propõe este trabalho.

O passo a ser adiante levado a efeito consiste no exame de em que medida a doutrina novecentista apreende essas idéias, de modo a construir o perfil funcional que marca o direito civil do século XX. É o que se fará a seguir.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: BASES DOUTRINÁRIAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E APONTAMENTOS SOBRE SUA CONSTRUÇÃO NO DIREITO PÁTRIO NA DOUTRINA DO SÉCULO XX

O objetivo deste capítulo é refletir sobre como a função social da propriedade foi consolidada no direito positivo e na doutrina européia entre os séculos XIX e XX e, sobretudo, como ela foi apreendida, em um primeiro momento, pela doutrina brasileira do século XX.

Trata-se de estudo que será levado a efeito de modo a identificar, sobretudo, a tensão entre concepções³⁷⁵ que vêem a função social apenas como limite externo à atuação do particular e aquelas que entendem a propriedade como uma função social, na linha da negação de sua caracterização como direito subjetivo, e das posições ecléticas que se formam entre os extremos.³⁷⁶

Também se pretende identificar qual a leitura predominante a respeito do social (bem como problematizar as posições doutrinárias que não vão além de definições tautológicas, sem a pretensão de delimitar essa noção ou atribuir-lhe conteúdo).

³⁷⁵ Marco teórico relevante nessa análise será a obra BARCELLONA, Pietro. **Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno**. Napoli: Jovene, 1987.

³⁷⁶ Apenas à guisa de exemplo, Caio Mario da Silva Pereira chega a apontar uma aproximação das Constituições de 1967 e 1988 ao que denomina “solidarismo de Duguit” e “espiritualismo dos neotomistas”. O próprio autor, porém, aprecia filiar-se a uma corrente que afirma limites exteriores, ao afirmar que “nada obstante a luta das correntes contrárias – individualista e coletivista – sobrevive a propriedade, parecendo ter razão Hedemann quando assinala que é mais uma questão de limite, ou problema de determinar até que ponto a propriedade individual há de ser restringida em benefício da comunidade”. PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. Vol IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85.

É dessa investigação que emergirá a base para compreender o esforço doutrinário levado a efeito no final do século XX e início do século XXI seja para oferecer conteúdo à função social, seja para a superação de noções dicotômicas como as citadas mais acima.

Nessa esteira, têm relevância tanto a concepção defendida por Duguit, como acima explicitado, quanto compreensões teóricas já sustentadas no século anterior sobretudo por Ihering.

Com efeito, Duguit não foi o primeiro a afirmar uma funcionalização do Direito Civil. Ihering já definia, na segunda metade do século XIX, as bases para esse movimento que marcaria o perfil do Direito Civil ao longo do século seguinte. Por isso, o ponto de partida desta análise será o pensamento do autor alemão.

Ihering sustenta na obra “O fim no direito” que o jurídico detém finalidades que se dirigem sobretudo à sociedade. Para atingir esses fins, o jurídico limitaria a liberdade individual.³⁷⁷ Como se percebe, trata-se de compreensão que toma a função como limite externo à liberdade individual, que, a seu turno, não integra as funções do direito.

Ihering chega a afirmar que “o bem-estar do indivíduo não é um fim em si mesmo”³⁷⁸. Assim sustenta a partir da inexistência de regra de direito que tenha por fim obrigar o indivíduo a conseguir seu bem-estar contra a sua própria vontade e em seu próprio interesse.

No tocante à liberdade individual, afirma que ela seria, a rigor, uma concessão da sociedade. Deduz essa afirmação por uma lógica inversa: assim seria porque a sociedade não permite que um indivíduo aliene sua liberdade de modo definitivo, escravizando-se voluntariamente. Prossegue o autor sustentando que a sociedade não traz essa proibição em homenagem à própria liberdade – como afirma Stuart Mill, citado por Ihering – mas pelo fato de que, com a escravidão, a própria existência da sociedade não seria possível.³⁷⁹

Ao problematizar a concepção de Stuart Mill sobre a liberdade dos indivíduos, Ihering qualifica esse autor como herdeiro do jusnaturalismo do século XVIII, assim

³⁷⁷ IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 265.

³⁷⁸ IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**, p. 262.

³⁷⁹ IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**, p. 262-263.

criticando tais idéias:

*Essa doutrina repousa sobre um erro fundamental, a saber: que a consideração do indivíduo é a base constitutiva do Estado e da sociedade. A teoria do direito natural considera o indivíduo como a pedra angular do direito e do Estado. Segundo ela, o indivíduo existe unicamente para si mesmo, é um átomo que não tem outro fim vital além de sua própria conservação, ao lado de outros inumeráveis átomos. Para atingir seu objetivo procede, em relação com os outros, segundo a fórmula kantiana que define como limites à liberdade própria a liberdade dos demais. A missão do Estado e do direito consiste unicamente em realizar essa fórmula, ou seja, em impedir que a liberdade de um possa absorver a liberdade do outro.*³⁸⁰

Em contraposição a essas idéias, Ihering sustenta uma prevalência do social sobre o individual, que traz como consequência a imposição de encargos pelo direito aos indivíduos. Daí Ihering sustentar que mesmo os direitos privados são dotados de caráter social:

*A tese que acabo de expor (num. 213) se sintetiza em duas palavras: afirmar o caráter social dos direitos privados. Todos os direitos de direito privado, mesmo aqueles que têm o indivíduo por fim imediato, estão influenciados e vinculados por considerações sociais. Não há um só direito cujo sujeito possa dizer: esse direito possuo exclusivamente para mim, sou amo e senhor dele, e a lógica jurídica impede que a sociedade ponha limites ao exercício do meu direito. Não é necessário ser profeta para prever que a concepção social do direito privado substituirá pouco a pouco a concepção individualista. A propriedade se transformará e há de chegar o tempo em que a sociedade não reconheça ao indivíduo esse pretensão direito de acumular o maior número de riquezas possível, de reter exclusivamente para si extensões de terra capazes de alimentar milhares de homens, assegurando-lhes uma existência independente, como já não reconhece o direito de vida e de morte do pai romano, o direito da guerra, a pilhagem do senhor feudal e o direito dos naufragadores da Idade Média.*³⁸¹

É expressiva a crítica de Ihering aos que afirmam um suposto caráter “sagrado” do direito de propriedade, rechaçando o autor o individualismo egoísta que

³⁸⁰ IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**, p. 258. (tradução livre a partir do espanhol)

³⁸¹ IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**, p. 256. (tradução livre a partir do espanhol) O autor rechaça, porém, o socialismo e o comunismo, qualificando-os como utopias, e afirma que a propriedade e os direitos de sucessão sempre existirão.

conduz a um conceito absoluto a respeito desse direito. Afirma que a sociedade jamais tolerou uma propriedade tão ilimitada quanto pretendiam as doutrinas jusnaturalistas, uma vez que o seu próprio conceito não pode estar em oposição com o do próprio corpo social.³⁸²

A relevante concepção de Ihering, se peca por supor uma aparente dicotomia entre indivíduo e sociedade (sustentando encargos sociais párea os indivíduos que, em contrapartida, também receberiam contraprestações do Estado) e por desconsiderar o bem-estar individual como função do direito, é precisa na crítica ao indivíduo atomizado e às teses que entendem a sociedade como um conjunto de “átomos” isolados.

Traz, ainda, interessantes bases para compreender as restrições que a função social traria (sobretudo) para a propriedade no século seguinte.

Embora entenda que tanto a propriedade como a liberdade são concessões da sociedade (pois somente compreende uma antecedência desses direitos à sociedade se esta for pensada em termos jusnaturalista, doutrina que rechaça com veemência), a construção finalística que Ihering leva a efeito na obra em análise acaba por ser pensada muito mais como limite externo aos direitos. Do anteriormente exposto, é possível dizer que no pensamento de Ihering a sociedade concede a liberdade e a propriedade aos indivíduos por meio do direito, mas este, a seu turno, os limita em proveito da própria sociedade.

A socialidade de que se reveste o pensamento de Ihering terá seu desenvolvimento durante o século XX, recebendo, porém, um caráter multifacetado, seja nas suas pretensões seja nos seus fundamentos. Há, porém, um significante comum para o qual convergem essas pretensões: a função social (sobretudo da propriedade).

A apreensão legislativa e constitucional da função social tem um marco relevante na Constituição de Weimar, de 1919. Se é certo, como relata Carlos Frederico Marés de Souza Filho³⁸³, que a Constituição Mexicana de 1917³⁸⁴ já

³⁸² IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**, p. 248-251.

³⁸³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 92.

³⁸⁴ “Art. 27 – A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público”.

tratava do tema, de modo pioneiro, a influência que a concepção germânica exerceu sobre a doutrina e as legislações de outros países (inclusive, em certa medida, no Brasil) acaba por oferecer à Constituição de Weimar posição de destaque no exame da função social da propriedade – nos limites, por evidente, daquilo que se pode apreender de construções jurídicas edificadas sobre realidades sociais e perspectivas funcionais diversas.³⁸⁵ Essa apreensão será diferente da proposta de Ihering, uma vez que o sentido mais claramente prestacional é o traço mais interessante da função social edificada em Weimar.

Como explica Fabrício Pasquot Polido em esclarecedor e bem construído trabalho a respeito do tema, a Constituição de Weimar trata a dimensão funcional da propriedade a partir de uma lógica centrada em uma “coletividade de interesses”, com ênfase na adequada utilização econômica dos recursos – que são escassos – pelos indivíduos e cidadãos.³⁸⁶

Convém examinar as linhas gerais mais relevantes dessa construção pertinente à norma do artigo 153 da Constituição de 1919

A Constituição de Weimar, como explica o Pasquot Polido, é vista como “resultado de um compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha, que correspondia aos projetos da social-democracia para reerguer o país no início do século XX”.³⁸⁷ O conteúdo da função social da propriedade era, portanto, vinculado a essa lógica democrática e dirigida à reedificação dos alicerces econômicos da Alemanha.

Não se trata, como se observa, de mero limite externo à propriedade. A própria redação da norma é reveladora disso: “*A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum*”.

Também não se trata de reputar a propriedade como uma função social nos

³⁸⁵ Como na pertinente crítica de Tepedino às doutrinas que buscam importar a experiência estrangeira desprezando o que ele denomina de princípio da funcionalidade, em evidente referência a expressiva parcela da doutrina contemporânea, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional. TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil-Constitucional hoje – Editorial**. RTDC. In: Revista Trimestral de Direito Civil. n. 26. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2006, p. iii.

³⁸⁶ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 27. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2006, p. 6.

³⁸⁷ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**, p. 8.

termos da teoria de Duguit. A pretensão da Constituição de Weimar, consistia, no dizer de Pasquot Polido, não na “proteção da em si da propriedade privada como direito individual, mas, sim, de uma tutela geral do homem que tem como objetivo o trabalho e a busca de garantia de emancipação na sociedade”.³⁸⁸

Esse objetivo, porém, é pensado a partir de uma prevalência apriorística – ou, ao menos, de uma precedência – do coletivo sobre o individual. Além disso, é pensada em uma lógica que tem como ponto de partida uma compreensão de sua função econômica, que remete, em última instância, a uma lógica de organização dos recursos produtivos. Embora essa compreensão possa parecer, à primeira vista, muito interessante, não se pode deixar de ponderar a repercussão que esse sentido funcional pode adquirir em realidades políticas alheias a compreensões distributivas, mas afeitas a direcionamentos e planificações. A apropriação nazista do conceito, que será mais adiante referida, é reveladora da pertinência dessa preocupação.

Antes, porém, é relevante examinar concepção doutrinária bastante esclarecedora a respeito do sentido da funcionalização da propriedade na Alemanha no período entre guerras: trata-se da obra de Karl Renner. Como explica Pasquot Polido, Renner integrava a social-democracia austríaca e, nessa medida, estava bastante próximo da ideologia que marca a elaboração do artigo 153 da Constituição de Weimar e de uma interpretação mais coerente com os desígnios do constituinte.

Renner baseia sua construção em uma crítica ao individualismo, afirmando que o homem somente pode ser pensado em suas relações com outros indivíduos.³⁸⁹ Todavia, embora essa afirmação pareça diluir a dicotomia indivíduo e sociedade, Renner acaba por tomar como ponto de partida a totalidade das relações – o que conduz ao risco de se tomar como ponto de partida uma concepção abstrata do conjunto – e, não as relações concretas propriamente ditas.

É interessante notar que Renner aponta a função da propriedade como inserida no fundamento de uma ordem social que tem o ser humano como seu nível mais elementar, estando as relações intersubjetivas situadas no segundo estágio do

³⁸⁸ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**, p. 17.

³⁸⁹ RENNER, Karl. **Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Il Mulino, 1981, p. 52.

processo de organização da totalidade da sociedade.³⁹⁰ Ocorre que o ponto de partida para o gerenciamento da relação entre os indivíduos é a “totalidade”, ou seja, a coletividade.³⁹¹ O substrato da propriedade parece estar, assim, centrado na coletividade, não no indivíduo (como na lógica oitocentista predominante) e nem na intersubjetividade concreta.

Ocorre que o próprio Renner afirma que a “vontade coletiva” não é “uma voz que vem das nuvens”, mas vem ao mundo “como vontade individual dotada de poder, como valor de troca social na sua encarnação como dinheiro. Onde a coletividade comanda – e isso ocorre em toda sociedade – ela comanda mediante indivíduos que agem como órgãos do seu poder”.³⁹² A questão reside em saber qual é sentido que essa vontade coletiva, por meio de seus “órgãos”, impõe às vontades individuais. Essa subordinação da vontade individual à vontade coletiva parece ser colocada por Renner como algo que paira acima da história, como se observa do seguinte excerto, em que ele versa sobre as funções de organização operadas pelo Direito:

*Qualquer que seja o estágio de evolução no qual os homens estão em relação uns com os outros, a sociedade, a vontade coletiva deve sempre subordinar a si a vontade individual, a sociedade deve poder dispor de qualquer modo da força de trabalho do indivíduo.*³⁹³

Além disso, Renner encara a função social dos institutos jurídicos como algo que deve ser compreendido a partir da sua função econômica. O autor justifica esse entendimento explicando que “todas as instituições econômicas são, contemporaneamente, institutos jurídicos, todas as atividades econômicas são contemporaneamente ou negócios jurídicos, como por exemplo a compra e venda, ou simples exercício de direitos subjetivos, por exemplo semear o próprio campo (...)”. Conclui afirmando que:

³⁹⁰ RENNER, Karl. **Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**, 1981, p. 52.

³⁹¹ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**, p. 22.

³⁹² RENNER, Karl. **Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**, p. 55.

³⁹³ RENNER, Karl. **Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**, p. 54.

*Todo processo econômico singular que eu observo isoladamente do ponto de vista teórico é, por sua vez, uma parte do processo social total de produção e reprodução destacada pelo pensamento. Se observada juntamente com esse complexo, a função econômica se transforma em função social do instituto jurídico.*³⁹⁴

A função social seria, então, o esquema de grau mais elevado das funções dos institutos jurídicos, abarcando abstrações gerais do mais alto grau, de modo que “considerando bem todos os efeitos que um instituto jurídico exerce sobre a sociedade no seu conjunto, as funções particulares se fundem em uma única função social”.³⁹⁵

Alguns elementos relevantes que podem ser extraídos do pensamento de Renner e da lógica que informa a função social da propriedade na Constituição de Weimar: a) trata-se de uma noção de função social inserida em um contexto democrático; b) há uma vinculação pretendida entre a função social e uma “tutela geral do homem”; c) a função não é pensada como limite externo, mas como verdadeiro direcionamento de caráter organizacional; d) essa organização toma como ponto de partida não as suas unidades concretas inter-relacionais, mas, sim, a totalidade, à qual também se dirigem os contributos funcionais esperados (o que se conclui a partir da noção genérica – quiçá excessivamente – de bem comum).

A leitura que se seguiu ao curto período democrático da República de Weimar, todavia, subverte esses caracteres, trazendo, internamente, um paradoxo: resgata o direito de propriedade como direito individual, mas que ao mesmo tempo, despiando-se de valores liberais e socialistas, recebe a inclusão “de elementos orgânicos para a homogeneização política dos alemães”.³⁹⁶

Cabe transcrever, a esse respeito, a leitura de Pasquot Polido acerca da construção de Carl Schmitt do sistema de direitos fundamentais – como base teórica, que foi, para a edificação da base jurídica do nazismo:

A concepção de Carl Schmitt, por sua vez, é muito diferente

³⁹⁴ RENNER, Karl. **Gli Instituti del diritto privato e la loro funzione sociale**, p. 49.

³⁹⁵ RENNER, Karl. **Gli Instituti del diritto privato e la loro funzione sociale**, o. 60.

³⁹⁶ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**, p. 14.

*daquelas anteriores, primeiro porque reduz as categorias dos direitos fundamentais em: (i) direitos de liberdade, (ii) garantias institucionais, como aquelas atribuídas às instituições de direito público (e.g. exército, autonomia das cidades, igreja, órgãos da Administração) e (iii) garantias de instituto, atribuídas às figuras de Direito Privado (e.g. a propriedade, a família e o casamento). O indivíduo se vale das liberdade, garantias institucionais e garantias de instituto, não porque ele reúna em si as pretensões decorrentes da titularidade de um direito subjetivo, mas sim porque é membro integrante de uma “instituição”.*³⁹⁷

O caráter totalitário dessa leitura, vale dizer, está muito mais vinculado à própria definição da propriedade, nesses termos, como “garantia de instituto” do que na leitura sobre a função social.

O que não significa que a apreensão da função social pelo nazi-fascismo não tenha ocorrido e sofrido distorções:

*Até a última guerra, como adverte Waline, interessante o contraste entre a propriedade privada na França e na Alemanha. Para a primeira, reconhecia-se o direito de propriedade no interesse geral; para a segunda, outorgava-se a propriedade ao indivíduo porque este dela carecia, na medida de suas necessidades, a fim de prestar o máximo serviço à coletividade. Consoante a concepção nazista, considerava-se cada proprietário como um funcionário público, no sentido técnico da palavra. Confiava-se o objeto da propriedade para que dele se utilizasse no interesse da comunidade.*³⁹⁸

Ao versar a respeito de uma dada leitura da função social do contrato nesse mesmo período, Rodrigo Xavier Leonardo aponta criticamente:

Autores como Stoll-Felgentrager, por sua vez, entendiam o contrato como “instrumento do ordenamento nacional”, de modo que esses negócios não seriam “simplesmente como um instrumento utilizado pelos privados para regular as suas relações, mas também como um elemento da vida comunitária”, voltado para “repartir adequadamente os bens”, razão pela qual “as partes teriam dever de colaborar associando-se no contrato”.

³⁹⁷ POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários**, idem.

³⁹⁸ A citação de Waline é realizada por MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2003, p. 82.

*Para um leitor desavisado, rectius, descontextualizado, referidas reflexões poderiam perfeitamente preencher o ideal de justiça na abstrata noção de contrato do BGB. Stoll- Felgentrager, todavia, traçavam a função social dos contratos sob o manto da ideologia nazista.*³⁹⁹

O desenvolvimento doutrinário da função social no pós-guerra parece situar-se, a seu turno, na dualidade entre a propriedade direito individual de carácter fundamental (não mais, todavia, compreendida a partir da lógica pertinente à inserção de seu titular em uma “instituição”) e função social (despida, por evidente, do carácter totalitário) – que, como exposto, é uma marca também da concepção de Carl Schmitt, ainda que em outros termos e com outras pretensões.

Pietro Barcellona descreve de modo interessante algumas concepções díspares que, sem embargo, orbitam no entorno dessa dualidade. Ao versar a respeito do debate doutrinário dos anos 60 e 70 sobre a função social, P. Barcellona ensina que segundo orientações tradicionais a função social seria “dado completamente heterogêneo” com relação à idéia de propriedade como direito subjetivo. A função social seria, nessa concepção, a *ratio* das leis que impõem limites externos ao direito de propriedade.⁴⁰⁰

Em oposição a essa concepção, P. Barcellona defende – permitimo-nos dizer, corretamente - a função social como inserida no conteúdo do direito de propriedade, uma vez que o direito de propriedade é atribuído não a um indivíduo abstrato, mas ao sujeito privado como membro da comunidade.

Mas a discussão sobre o conteúdo dessa função social não é livre de polêmica. Ao indicar as correntes em conflito, principia P. Barcellona por apontar a noção mais freqüente, que dominou, até aqui, a análise do tema neste trabalho. Trata-se da concepção que toma a função social como realização do máximo bem-estar social, entendido como um resultado referível a uma coletividade globalmente considerada. Afirma P. Barcellona, porém, que essa concepção diz respeito essencialmente a um bem-estar econômico coletivo, como incremento da produção,

³⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil**. In: CANEZIN, Claude. Arte Jurídica. V. II. Curitiba: Juruá, 2005.

⁴⁰⁰ BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del Diritto Privato moderno**. Napole: Jovene, 1987, p. 246.

das riquezas e relações sociais mais igualitárias.⁴⁰¹

Aponta, porém, outra corrente que compreende a função social como “fórmula que sintetiza um conjunto de interesses referíveis a sujeitos determinados, a categorias sociais determinadas”, ou seja, a sujeitos inseridos em comunidades ou categorias sociais concretamente aferíveis. Essa posição doutrinária critica as concepções que encaram a função social como referível a uma comunidade em termos de abstração ou como “coletividade nacional”.⁴⁰² Embora este sentido específico da crítica pareça realmente interessante, aparentando uma proximidade com análises que a doutrina brasileira contemporânea tem realizado (como será examinado no título III), as conseqüências daí extraídas pela doutrina italiana não parecem compatíveis com os caminhos que vêm sendo trilhados pela doutrina brasileira.

Cabe marcar as peculiaridades dessa doutrina citada por Barcellona que a afastam das referidas leituras contemporâneas sobre a função social – bem como da proposta da presente tese: a) enquanto as noções contemporâneas sobre função social contemplam interesses coletivos difusos (que, nem por isso, podem ser qualificados como abstratos), a posição doutrinária em exame parece referir-se apenas a comunidades determinadas; b) a citada doutrina italiana entende que deve ser atribuída exclusivamente à lei a definição de qual interesse deve prevalecer nesse conflito concreto; c) até por isso, o juiz deverá utilizar, para a tutela desses interesses, os instrumentos privatísticos ordinários que o legislador coloca à sua disposição.

Não parece se tratar, de qualquer sorte, de uma posição doutrinária especialmente influente sobre a doutrina brasileira do século XX, ao menos no que tange a uma adoção radical e explícita de seus pressupostos.

A construção da função social no Brasil, entretanto, não é alheia nem à lógica do debate entre aqueles que entendem a função apenas como limite e os que a assumem como direcionamento, nem, tampouco, à sua vinculação a uma visão totalizante de “bem comum” ou de “interesse coletivo”. Também na escapa da aparente dualidade entre direito individual de propriedade e função social.

⁴⁰¹ BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del Diritto Privato moderno**, p. 248.

⁴⁰² BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del Diritto Privato moderno**, p. 252.

Desde as Constituições de 1934⁴⁰³ e de 1937, passando pelas Constituições de 1946⁴⁰⁴, 1967⁴⁰⁵ e 1969⁴⁰⁶, há a referência à função social da propriedade⁴⁰⁷ e, ao mesmo tempo essa propriedade se define como merecedora de garantia fundamental.

Em todas essas Constituições evidencia-se a vinculação da função social a uma genérica noção de bem-comum. Foi somente na Constituição de 1988 que alguns critérios de densificação foram adotados (ao menos na propriedade imóvel urbana e rural) para definir um sentido mais substancial à função social – a exemplo do que, na legislação infra-constitucional, verifica-se desde 1964 no Estatuto da Terra, que, sem embargo, ao contrário da Constituição de 1988, teve sua gênese e os primeiros anos de sua vigência em um regime ditatorial.

Exemplo interessante da leitura que refinada doutrina oferece à função social da propriedade nessas Constituições anteriores a 1988 é a interpretação de Pontes de Miranda:

O direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais a explicitou. Porém uma coisa é o limite ao uso, elaborado milenarmente, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos, e outra, o limite que não precisa do elemento conceptual da vizinhança, ou, sequer, da proximidade. Bem-estar social é conceito mais vasto que o de vizinhança, ou de proximidade. (...) O que se há

⁴⁰³ Aqui, a rigor, a uma clara noção de limite, mas do que, propriamente, de função: “Art. 113 (7) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

⁴⁰⁴ “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

⁴⁰⁵ “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – a função social da propriedade.”

⁴⁰⁶ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade.”

⁴⁰⁷ Pontes de Miranda faz a seguinte afirmação a respeito do tratamento da função social nessas Constituições: “Na Constituição de 1934, art. 113, 17), apareceu o seguinte princípio: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. Na Constituição de 1937, o art. 122, 14, inseriu-o: “O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularém o exercício”. A de 1946, art. 147, estatuiu que o uso da propriedade seria “condicionado ao bem-estar social” e que a lei promoveria “a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. A de 1967, freada por elementos reacionários, apenas se refere (art. 157, III) à “função social da propriedade”.

*de tirar do art. 157, III (da Constituição de 1967), é que o uso da propriedade há de ser possível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado.*⁴⁰⁸

Percebe-se, aqui, uma prevalência de um sentido externo de função social, ou seja, de uma função social que se define principalmente como limite ao direito de propriedade.

Pode-se dizer que o desenvolvimento doutrinário acerca do tema no Brasil ao longo do século XX é, a rigor, levado a efeito na dialética entre função-limite e função-contributo, sendo ambas as concepções vinculadas sobretudo a noções como interesse coletivo e bem-comum, algumas conduzindo a conceitos tautológicos.

É pertinente indicar algumas compreensões sobre o tema na doutrina novecentista.

Silvio Rodrigues, em sucinta reflexão sobre a função social da propriedade (que culmina com pontual referência às teorias de Gaston Morin⁴⁰⁹, Duguit e Josserand – às quais qualifica como extremadas), parece encarar essa função como limite, ao afirmar que

*tais restrições têm aumentado nos últimos tempos. Essa circunstância, acrescida de maior aplicação da noção do abuso de direito, implica uma crescente diminuição dos poderes do proprietário, tendência a que não poucos escritores, com imprecisão, denominam de socialização da propriedade.*⁴¹⁰

Filiando-se, também, expressamente à corrente que entende ser a função social limite do direito de propriedade, Caio Mario da Silva Pereira conclui:

⁴⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo VI (arts. 157 – 189). São Paulo: RT, 1968, p. 46-47.

⁴⁰⁹ Morin esra um entusiasta das idéias de Duguit, como expressa no texto MORIN, Gaston. **L'oeuvre de Duguit et Le Droit Privé**. In: Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. N°1 – 2, 1932, p. 153.

⁴¹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 85.

Não obstante a luta das correntes contrárias – individualista e coletivista – sobrevive a propriedade, parecendo ter razão HEDEMANN quando assinala que é mais uma questão de limite, ou problema de determinar até que ponto a propriedade individual há de ser restringida em benefício da comunidade.⁴¹¹

Leituras reducionistas a respeito do papel da função social também vêm à tona, em evidente compreensão pautada na lógica de função-limite, mesmo após a Constituição de 1988. Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, chega a afirmar que a função social da propriedade nada mais é do que uma forma de “coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim, da ordem jurídica”, e consiste no “conjunto das normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade em sua trilha normal. A base dessa função reside no fato de que o titular da propriedade pode vir “a abusar do seu direito”, e assim,

Na medida em que haja o uso degenerado, exclusivamente personalista e egoísta, até mesmo deturpado à luz dos interesses pessoais do próprio possuidor, o direito de propriedade vai expor-se a sanções fundamentalmente de duas ordens: as decorrentes da infringência às normas do poder de polícia, ou então à perda da propriedade na forma da Constituição.⁴¹²

Maria Helena Diniz, por sua vez, qualifica a função social da propriedade como mais uma entre as restrições impostas à propriedade pelo interesse social, ante “o primado do interesse coletivo ou público”. Trata-se, como se vê, também de uma leitura que enxerga a função social como um limite externo ao direito de propriedade.⁴¹³

No tocante, especificamente, ao contrato, não é muito diversa a concepção defendida por Miguel Reale:

⁴¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67.

⁴¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 125.

⁴¹³ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214-217.

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

(...)

Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.⁴¹⁴

Essa doutrina é reveladora de que o sentido de função social como limite não se restringe àqueles que partem de uma concepção sobre a propriedade mais afeita a um maior liberalismo econômico, como parece ser sustentado por Celso Bastos⁴¹⁵, mas, também, por alguns juristas que preconizam o que se pode denominar de socialidade no Direito Civil.

Avulta daquilo que até aqui se examinou, entretanto, o caráter incerto da noção pertinente ao que se pode reputar “social” quando a referência se faz ao “bem-comum” ou ao “interesse coletivo”. O tema é problematizado por parte dessa doutrina do século XX, como se constata a partir da observação de Orlando Gomes, ao analisar a concepção de Rodotá sobre o tema:

Já o adjetivo que qualifica a função tem significado mais ambíguo. Desaprovando a fórmula negativa de que social é equivalente a não-individualístico, (Rodotá) aplaude o emprego, para defini-lo, como critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade. Em substância: como um parâmetro elástico por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz certas exigências do momento histórico, nascidas como antítese no movimento dialético da aventura da humanidade.

Apesar de imprecisão da expressão função social e, sobretudo, da dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem

⁴¹⁴ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Extraído de <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Consultado em 12 de maio de 2009.

⁴¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 125.

*precauções, pelos juristas em geral.*⁴¹⁶

O tema, até aqui versado com base na propriedade, também é, na verdade, pertinente ao contrato. Nada obstante não se possa apontar uma completa identidade em relação à função social da propriedade, o desenvolvimento da função social do contrato passa por debates semelhantes - conduzindo a construções teóricas similares, seja no que toca à discussão sobre a função social como limite ou prestação, seja no que tange ao direcionamento dessas funções ao bem-comum.

Após examinar diversas concepções teóricas sobre a formação do conceito de função social do contrato (na busca por uma compreensão sobre como se poderia preencher o sentido que emergiria do artigo 421 do atual Código Civil), Rodrigo Xavier Leonardo traz conclusão que talvez possa se aplicar tanto à função social da propriedade quanto do contrato:

*A multiplicidade de sentidos que pode preencher a compreensão e aplicação do artigo 421 do Código Civil advém da constatação de que a função dos institutos de direito privado pode se apresentar atrelada às mais diferentes orientações. Cada contrato, além de ter uma função objetiva pertinente à sua causa, pode ser funcionalizado aos mais diversos objetivos e interesses, legítimos ou não, democráticos ou não.*⁴¹⁷

O maior problema talvez não resida propriamente nas múltiplas acepções que a abertura conceitual permite apreender – o que poderia, em uma visão otimista, ser considerado como uma aptidão para oferecer a necessária maleabilidade conceitual para adaptar-se às diversas demandas da sociedade em cada momento histórico -, mas, sim, nas pretensões de oferecer sentido unitário às noções de bem comum e de interesse coletivo, com base em idéias de solidariedade como coesão social que guardam semelhanças com aquilo que informe o pensamento positivista de Comte e Duguit.

Talvez seja possível admitir, assim, que as concepções próprias da

⁴¹⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 108.

⁴¹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil**. In: CANEZIN, Claude. Arte Jurídica. V. II. Curitiba: Juruá, 2005.

funcionalização social do século XX mereçam ser repensadas para dar conta, de modo mais amplo, da dimensão funcional contemporânea dos institutos aqui referidos, como será examinado no título III deste trabalho.

Esse repensar, a rigor, já é levado a efeito pela doutrina contemporânea (como se observará no exame do tema no título III). Não parece leviano supor essa necessidade a partir da identificação de uma possível crise da função social novecentista. É o que se analisará a seguir.

2.3 A (APARENTE?) CRISE DA FUNÇÃO SOCIAL: PROBLEMATIZAÇÃO PRELIMINAR DAS POSSIBILIDADES DE OFERECIMENTO DE UMA NOVA FUNDAMENTAÇÃO, CENTRADA EM UM CONCEITO AMPLIADO DE LIBERDADE

À luz do que foi desenvolvido na seção anterior, não seria leviano cogitar se a noção de funcionalização passaria por uma crise, ou, ao menos, se o perfil da funcionalização típica do Estado de Bem-Estar Social – ou seja, a função social, nos termos antes explicitados - não necessitaria de uma nova fundamentação.

Apontar uma crise, porém, demanda a demonstração a respeito de por meio de que aspecto (ou aspectos) ela pode ser identificada.

O ponto de partida da análise respeita ao fato de que a funcionalização típica do século XX consiste no que se poderia denominar de função social.

Propõe-se, aqui, cogitar de quatro aspectos da suposta crise, de modo a aferir se, efetivamente, ela seria real ou aparente (ou, se real, seria essa crise apta a desqualificar a pretensão de funcionalização ou apenas demandaria nova fundamentação e alteração parcial de seu significado e de suas pretensões). Esses aspectos consistem em: a) crise ideológica; b) crise de efetividade; c) crise do Estado de Bem-Estar Social; d) crise de fundamentação.

Esta seção será, na verdade, construída em duas partes complementares. A primeira visa a problematizar os possíveis aspectos da crise da função social, acima nominados. A segunda visa a problematizar as bases de compreensão da relação entre indivíduo sociedade, como ferramenta necessária para a reflexão a ser desenvolvida no título final deste trabalho, que consistirá na formulação de uma

proposta de fundamentação funcional dos institutos do Direito Civil pensada em termos de liberdade(s). A conexão entre essas partes reside, como se verá, em um relevante aspecto do que se está a denominar de crise de fundamentação.

Principiar-se-á, assim, pelo que se está a designar como “crise ideológica”. Na seção anterior foram examinadas as bases da funcionalização social ao início do século XX, que é marcada por um coletivismo datado (que se manifesta, ainda que sob concepções muito diversas entre si, tanto sob forma de fascismo⁴¹⁸ quanto como de dadas modalidades de socialismo⁴¹⁹), ou, ao menos, por uma genérica idéia de prevalência apriorística dos “interesses sociais” ou do “bem comum”, pensados como pertinentes à sociedade tomada como “totalidade”.

Sem embargo, a despeito dessa afirmação de prevalência do social sobre o individual, não faltam autores a apontar a funcionalização como um discurso de legitimação da propriedade privada⁴²⁰ e, nessa medida, de manutenção de uma lógica que não deixaria de remeter a uma primazia do indivíduo proprietário.

A rigor, a funcionalização é criticada por liberais por supostamente submeter os direitos do indivíduo (sobretudo a propriedade) aos interesses coletivos, e por marxistas por servir como discurso de legitimação da manutenção da propriedade privada.

Nesse sentido, cabe citar a crítica formulada por Orlando Gomes:

Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar

⁴¹⁸ A esse respeito, Orlando Gomes referencia que os entusiastas de função social (sobretudo discípulos de Leon Duguit) “tiveram, no entanto, o desencanto de ver a doutrina da funcionalização da propriedade incorporada ao ideário político de Estados totalitários, à frente dos quais se colocou a Itália fascista”. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

⁴¹⁹ Não necessariamente de viés marxista, como é o caso de Duguit, que chega a afirmar literalmente que sua doutrina é de caráter socialista. DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tomo 3. Ao mesmo tempo, rechaça o viés marxista ao declarar a luta de classes como “uma doutrina abominável”. DUGUIT, Leon. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L’Etat**: Conférences faites a L’École des Hautes Études Sociales. Paris: Felix Alcan, 1908. Isso não significa, porém, o completo rechaço por parte de dadas correntes marxistas. Nesse sentido, vide a análise formulada por José Augusto Guterrez, que compreende a apreensão da função social da propriedade, que qualifica como construída em um contexto burguês, como instrumento de uma reforma agrária vinculada à construção de hegemonias, em sentido Gramsciano. (GUTERREZ, José Augusto. **A questão agrária brasileira e a atuação do MST para efetivação de direitos á luz do conceito de hegemonia em Gramsci**. Dissertação de Mestrado defendida perante o programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2008).

⁴²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 127 e 128.

*do regime capitalista por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função-social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois 'mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística'. É que, legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista como exercício de uma profissão no interesse geral.*⁴²¹

Além disso, o desmantelamento do próprio socialismo real e a fase em que as concepções neoliberais imperaram na ideologia sobre as funções do Estado e o papel do privado chegaram a conduzir a definições, quando menos, surpreendentes acerca da função social – como, por exemplo, a afirmação de Rodolfo Sacco acerca da função social do contrato, por ele qualificada como o próprio mercado.⁴²²

Pode-se, porém, identificar expressões mais radicais de rechaço à própria idéia de função social. Uma contundente crítica formulada ao final do século XX contra a funcionalização, especificamente da propriedade, pode ser encontrada na obra de Jose Luis de los Mozos. O autor espanhol afirma que a função social sempre teria partido de bases equivocadas, e que uma solução para sua crise seria um retorno à tradição jurídica da propriedade como definida nas codificações oitocentistas.⁴²³

Crítica veementemente a ruptura da unidade do direito de propriedade⁴²⁴ – e nessa medida, critica a tese de Pugliatti sobre a necessidade de se falar em propriedades (inclusive para efeito de definição do perfil de sua função social) – bem como o sentido coletivista e intervencionista que seriam implícitos á função social. Também rechaça a idéia de necessidade de transformação do conteúdo da propriedade pela função social.

Sustenta que o itinerário da idéia de função social da propriedade sempre foi equivocado, e que, antes do Estado intervencionista, sob o pálio dos Códigos Civis, “as coisas estavam mais ou menos em seus lugares”, uma vez que tanto o interesse

⁴²¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 109.

⁴²² SACCO, Rodolfo. L'Autonomia Contrattuale. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**. Tomo II. Torino: UTET, 2003, p. 371.

⁴²³ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 99.

⁴²⁴ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 99.

particular como o interesse público tinham os seus lugares definidos.

Aponta, porém, que para facilitar as intromissões do Estado se começou a interpretar a norma definidora do direito de propriedade no Código Civil espanhol esquecendo-se de seu teor literal:

Primeiro, trazendo como apoio das limitações do domínio a idéia de função social da propriedade. Depois, como a sua utilização se realizou de maneira um tanto insidiosa, pretendeu-se não só justificar as limitações sempre crescentes, mas também redefinir por meio dela (função social), com o pretexto de que são “limites” e não limitações, o próprio conteúdo do direito. Finalmente, pretende-se que, para interpretá-lo de maneira mais moderna, esqueçamo-nos do preceito em questão (a norma definidora do direito de propriedade), dizendo que o conceito de propriedade tem de ser obtido a partir do jogo das limitações do direito e nunca daquele preceito que, por isso, acaba expulso definitivamente do sistema.⁴²⁵

Afirmando que a função social da propriedade só teve êxito no terreno ideológico, encontrando “um perfeito fracasso do ponto de vista da técnica legislativa”, sustenta que a função social deve se restringir ao seu devido lugar: “fora do sistema”. Ela não seria, para o autor, sequer um princípio jurídico.⁴²⁶ Propõe, assim, uma reconstrução do direito de propriedade como *dominium plenum*.⁴²⁷

A tese de los Mozos, entretanto, padece dos mesmos problemas que a concepção de propriedade pretérita por ele defendida, sendo, porém, importante como elemento revelador da crise de que se está falar – ainda que não se concorde com os argumentos pelos quais o autor afirma essa crise.

Essa crise ideológica, todavia, parece ser reveladora, tão-só, de perfis da funcionalização pautados em pretensões coletivistas mais próximas ou de um socialismo do início do século XX ou do positivismo oitocentista que Duguit insistiu em levar adiante ao início do século seguinte. Nada disso invalida as possibilidades que uma função ressignificada pode adquirir. Além disso, a existência de embates

⁴²⁵ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 179.

⁴²⁶ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 201-202..

⁴²⁷ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradicion jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 223.

ideológicos é reveladora, tão-só, do saudável pluralismo constitutivo da sociedade, não sendo apta, por si só, a negar a pertinência de uma dimensão funcional do Direito Civil – mesmo se pensada como função social.

O segundo aspecto que pode ser identificado é uma crise de efetividade: a função social não teria realizado suas promessas. Liga-se essa análise, a rigor, a um dado aspecto da crise ideológica, mas vai além: ela se revelaria na limitada transformação concreta que a funcionalização teria promovido nos institutos que a ela se sujeitaram e na realidade à qual pretende oferecer contributos.

Quando se afirma a sua ligação à crise ideológica, o que se quer dizer é que somente é possível aferir se a função social foi ou não eficaz a partir de uma questão fundamental: qual a eficácia que dela se pretende obter?

Uma função social pensada como atribuída aos indivíduos, que devam agir como “funcionários públicos” em proveito da coesão social, manutenção da ordem e obtenção do progresso da humanidade no “estado positivo” parece, mesmo, fadada à inefetividade, pois a base ideológica da pretensão tem por marca a aversão ao conflito que causa “desordem” e, nessa medida, tem aversão a um elemento que pode ser reputado como constitutivo da sociedade.

Caso se pense a função social, porém, como parte de uma estratégia reformista para conduzir a uma futura coletivização da propriedade, também não se verifica, ao menos no presente, a eficácia esperada.

Entretanto, se a função é pensada em termos reducionistas, simplesmente como imposição de limites ao uso da propriedade ou à definição de cláusulas em um contrato, sua operatividade parece se apresentar como um dado mais evidente.

Entretanto, não se pode limitar essa análise de efetividade a exercícios pontuais de exame de pretensões funcionais pertinentes a concepções ideológicas. Partir dos parâmetros normativos a respeito do tema pode se apresentar como um exercício de maior relevância.

Um possível exame da extensão do que se obtém em termos efetividade do direito posto a respeito do tema pode, quiçá, revelar aspectos de uma crise. Uma análise centrada, por exemplo, na extensão concreta do cumprimento da função social da propriedade urbana, pode levar à conclusão de que a realização dos seus respectivos ditames previstos na Constituição e no Estatuto das Cidades tem

encontrado óbices na passagem do dever-ser ao ser.

De outro lado, se os avanços da funcionalização, especificamente no Brasil, após a redemocratização dos anos 80, não foram suficientes para a construção da almejada “sociedade livre, justa e solidária”,⁴²⁸ também não podem ser desprezados, tanto no que tange à implantação de políticas públicas como na própria atuação jurisdicional a esse respeito.

De qualquer sorte, os possíveis déficits de eficácia não são suficientes para anular a relevância de um sentido teleológico a ser atribuído à propriedade, ao contrato ou à família, como aptos à produção de prestações de caráter funcional – prestações que não precisam, necessariamente, destinar-se apenas a um sentido “coletivo”.

Um terceiro argumento para afirmar uma crise da funcionalização pode residir na crise do Estado de Bem-Estar Social: foi, historicamente, nesse modelo de Estado que ela encontrou espaço propício para florescer.

Eventual transformação no modelo de Estado, entretanto, não parece passar, necessariamente, por um retorno a um liberalismo ortodoxo,⁴²⁹ o que não seria suficiente para por em xeque pretensões ligadas à definição de funções para os institutos do Direito Civil.

Já em 1982 alguns dos mais importantes civilistas italianos⁴³⁰ travaram interessante debate a respeito da função social da propriedade na crise do Estado de Bem-Estar Social.

O debate é iniciado com as considerações de Vincenzo Ernesto Cantalmo, que problematiza a hipertrofia do Estado-Social italiano, sobretudo quanto a uma ampliação de suas funções.

⁴²⁸ Corroborando essa afirmação, Marcos Alberto Rocha Gonçalves e Luiz Edson Fachin indicam relevantes dados a respeito da desigualdade no acesso à propriedade e, sobretudo, nos déficits no acesso a bens elementares à satisfação de funcionamentos básicos. FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da funcionalização da propriedade no modelo brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 125. (125-147).

⁴²⁹ Nesse sentido, RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. La crisis Del Estado de Bienestar. In: **Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos**. N. 4. Navarra: Universidad de Navarra, 1994, p. 183.

⁴³⁰ Esses debates foram realizados na Univeristà degli Studi di Camerino, e publicados na obra **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Ercolano: Buona Stampa, 1983.

Afirma que essa realidade estaria a impor um reexame da função e do conteúdo da propriedade, “instituto que reflete, pela sua disciplina subjetiva e objetiva, o dualismo entre a tendencial exclusividade do domínio e as exigências não-proprietárias”.

Aponta, inclusive, uma insuficiência da fórmula da função social para dar conta “do balanceamento entre os poderes do proprietário” e as novas exigências e necessidades que se impõe sobre a situação proprietária.⁴³¹

O tema do “conteúdo mínimo” do direito de propriedade é apontado, aí, como relevante para definir os limites da própria atuação legislativa desse Estado-Social, que o autor considera hipertorfiado, sobre os poderes proprietários. Em linha semelhante, na sequência do debate, Marco Comporti aponta como necessária, diante da referida crise, a definição de um conteúdo mínimo inviolável frente ao direito funcionalizado. A razão para isso: assegurar a liberdade econômica.⁴³²

Como se pode observar, o componente ideológico acaba por ser marcante também para a compreensão desse terceiro possível aspecto da crise.

Francesco Galgano confirma essa observação, ao oferecer à crise sua definição mais precisa: uma crise fiscal do Estado social. Em suas palavras “o Estado social pressupõe um desenvolvimento econômico contínuo, ilimitado, pressupõe a possibilidade de retirar da riquezas produzida quotas sempre maiores de recursos para redistribuir e recompor conflitos sociais, para compor os antagonismos sociais”.⁴³³

Isso não afasta, porém, no entender do autor, a pertinência da função social, que, todavia, deve ser repensada – e sua proposta reside em compreender a função social como referente aos bens, e não ao direito, de modo que o proprietário seria titular de um direito subjetivo, mas que no seu uso não exclua os interesses não proprietários.⁴³⁴

⁴³¹ PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà** – atti del convegno Camerin. 27-28 maggio 1982. Napoli: E.S.I., 1983, p. 2.

⁴³² PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**, p. 60.

⁴³³ PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**, p. 62.

⁴³⁴ PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**, p. 70.

Pietro Perlingieri, no mesmo debate, reafirma a função social como fundamento da atribuição do direito de propriedade e de sua tutela, vinculando essa concepção à noção de solidariedade presente na Constituição daquele país (e que, na leitura de Perlingieri, como se observará no título III, não se confunde com a solidariedade orgânica de Comte e Duguit).⁴³⁵

Não obstante a problematização do conceito de função social no âmbito da crise do modelo de Estado em que ela encontrou seu espaço de afirmação, os aspectos do citado debate servem para permitir a constatação de que, ainda assim, pensar em funções da propriedade é algo que ainda faz sentido – inclusive quanto à função social, ainda que repensada.

Demais disso, as referências do debate ao denominado conteúdo mínimo do direito de propriedade talvez façam muito mais sentido em uma realidade européia, na qual o Estado-providência atingiu um nível de distribuição de bem-estar social incomparavelmente maior do que na realidade latino-americana – e, portanto, brasileira. Se a “crise fiscal” a que se refere Galgano é, na Europa, pertinente à impossibilidade de ampliação de benefícios e de manutenção dos extensos benefícios já conquistados, no Brasil ela se refere à dificuldade de prover condições mínimas de subsistência a extensa parcela da população. Se a crise de financiamento do modelo pode se assemelhar nessas duas realidades, a extensão do bem-estar social por elas promovido é substancialmente diversa.

Entretanto, a crise que talvez se apresente como mais relevante seja uma crise de fundamentação. A identificação de uma dimensão funcional dos institutos de Direito Civil (assim entendida como uma função de caráter normativo, ou seja, que define um dever-ser para o instituto), seja ela ou não chamada de “funcionalização”, não se torna insustentável por nenhum dos aspectos de crise acima referidos. Talvez um dado perfil da funcionalização (notadamente a função social de viés mais marcadamente coletivista) esteja em crise, mas não a noção de função normativa propriamente dita.

Nesse sentido, poder-se-ia supor que a subsistência, contemporaneamente, de concepções que encaram a função social como simples limite à propriedade

⁴³⁵ PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**, p. 214.

integraria essa crise de fundamento. Afinal, trata-se essa concepção de uma oposição a uma função pautada na promoção de contributos.

A rigor, porém, a função tomada apenas como limite não tem sentido, propriamente, funcional, sendo inepta para ensejar uma transformação qualitativa dos institutos a que pretende se aplicar. Aqui, com efeito, a função-limite define apenas um sentido quantitativo, que funciona como um estreitamento da liberdade formal dos indivíduos titulares de dadas posições jurídicas – sobretudo vinculadas à propriedade e ao contrato.

Limites à propriedade e à autonomia privada, como foi possível aferir daquilo que até aqui se examinou, não podem se reputados como verdadeiras transformações de sentido funcional, uma vez que já existiam, de modo mais restrito, na formação do modelo de Direito Civil que a funcionalização buscou superar. A função-limite é posta em xeque há décadas por doutrina que preconiza a função como efetiva prestação – como, aliás, já era a concepção presente em Weimar, na Constituição de 1919.

Se a crise de fundamento se restringisse ao debate sobre função-limite e função-prestação, as questões teóricas a seu respeito talvez pudessem ser superadas com menores dificuldades.

Ocorre que essa crise reside em aspectos de maior gravidade, que residem tanto na dificuldade de definir seu conteúdo quanto, sobretudo, de identificar os destinatários dessa prestação funcional. As referências genéricas e tautológicas ao “bem comum”, ao “interesse coletivo” - e à sua prevalência frente ao indivíduo - não dão conta de superar essa crise, residindo, antes, entre suas causas. Essas referências, porém, como visto, foram prevalentes no discurso a respeito da função social no século passado.

De modo mais amplo, pensar na dimensão funcional do Direito Civil apenas em termos de função social pode se mostrar insuficiente: admitir uma dimensão funcional diversa pode auxiliar na reflexão acerca da fundamentação contemporânea do Direito Civil, contribuindo, inclusive, para um repensar da própria função social.

O que se apresenta na hipótese do presente trabalho é precisamente uma reflexão crítica que pretende apontar para a viabilidade de se pensar em uma outra fundamentação para a função no Direito Civil, que não descarte a função social, mas

que possa se colocar seja ao seu lado, seja, até mesmo, com ela se entrelaçando (a ponto de também servir para uma fundamentação, ainda que parcial, da própria função social).

Um ponto de partida para essa outra dimensão funcional pode ser uma reflexão que rechace a dicotomia mecanicista entre indivíduo e sociedade, sem, todavia, afirmar uma prevalência *a priori* de qualquer um deles.

É aqui que se coloca a relevância da problematização sobre a relação entre indivíduo e sociedade a que se fez referência na introdução desta seção: trata-se de reconhecer o indivíduo que se (auto) constitui socialmente, na rede de intersubjetividade que compõe a sociedade – e que, portanto, não pode ser pensado como indivíduo abstrato e atomizado.

Um marco teórico para essa compreensão pode ser a obra “A sociedade dos Indivíduos”⁴³⁶ de Norbert Elias. Cabe retomar as linhas gerais da compreensão de Elias a respeito da relação entre indivíduo e sociedade, como ferramenta relevante para a construção da relação entre liberdade e função a que esta tese se propõe.

Já se constatou anteriormente que Elias rechaça compreensões que definam uma dicotomia entre sociedade e indivíduo – e que, não raro, estão na base das ideais que afirmam primazia *a priori* tanto da primeira quanto do segundo. O ponto de partida para compreender essa crítica é a aferição de que embora os vínculos sociais antecedam os indivíduos, integrando a formação da sua subjetividade, tais vínculos não são desenvolvidos de modo mecanicista e determinista. Tampouco, porém, se subordinam a um voluntarismo absoluto dos indivíduos que os integram: ao mesmo tempo em que constroem subjetividade, recebem o influxo de intencionalidades constituídas pelos próprios indivíduos.

Ou seja: os indivíduos imersos inexoravelmente no tecido social ali são constituídos e ao mesmo tempo se autoconstituem, contribuindo para a manutenção ou para a modificação dessa sociedade, em relações de influência recíproca.

É a partir daí que Elias busca formular um conceito de sociedade em rede, em que os indivíduos ocupariam lugares dinâmicos nesse tecido. Não se trata, porém, de afirmar uma forma de organização social a partir da construção teórica, mas

⁴³⁶ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1994.

identificar a forma como nessa organização se opera e, daí em diante, construir um modelo explicativo que se reconhece desde logo como insuficiente, embora instrumental. Não se coloca o conceito no lugar do objeto.

Sempre o caráter instrumental do conceito é ressaltado, como na seguinte passagem:

*Isso é apenas uma imagem, rígida e inadequada como todas as imagens desse tipo, Mas, como modelo de reflexão sobre as redes humanas, é suficiente para dar uma idéia um pouco mais clara da maneira como uma rede de muitas unidades origina uma ordem que não pode ser estudada nas unidades individuais. Entretanto, as relações interpessoais nunca podem ser expressadas em simples formas espaciais. E esse é um modelo estático. Talvez ele atenda um pouco melhor seu objetivo se imaginamos a rede em constante movimento, como um tecer e destecer ininterrupto de ligações. É assim que efetivamente cresce o indivíduo, partindo de uma rede de pessoas que existiam antes dele para uma rede que ele ajuda a formar. A pessoa individual não é um começo e suas relações com as outras não têm origens primevas.*⁴³⁷

É relevante refletir sobre a parte final desse excerto: as relações sociais não têm origens primevas. Essa afirmação pode ser lida como vinculada à idéia de que não se pode buscar um fundamento único ou um fundamento objetivo do qual tudo se origina. Tampouco se pode pensar em uma totalidade “fim em si mesma” para a qual tudo se dirige como a verdadeira universalidade. Daí a adequação de se pensar a sociedade em redes, que pode ser relevante instrumento para a construção da dimensão funcional objeto deste trabalho.

Por meio dessa noção de sociedade em redes, pode-se identificar, com efeito, uma dimensão funcional que repercute, de modo mais decisivo, sobre a própria rede ou sobre partes relevantes dessa rede (e essa é, propriamente, uma função social em sentido estrito).

Mas essa função se entrelaça com uma outra, que visa a permitir a essas pessoas que integram a rede autoconstituírem-se de modo a recolocarem-se em pontos diversos da rede, incrementar as possibilidades de formação de vínculos intersubjetivos e, mesmo, de interferir na intencionalidade que marca a conformação

⁴³⁷ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**, p.35.

da rede social.

É daí que pode emergir a função como liberdade(s), a (re)definir um sentido possível da função dos institutos do Direito Civil: sendo eles vinculados à intersubjetividade travada entre particulares, podem ser eles instrumentos de exercício e de promoção da(s) liberdade(s), assim compreendidas como possibilidades de auto-constituição intersubjetiva – o que pode importar, inclusive, a responsabilidade recíproca entre os indivíduos pela liberdade dos outros. Essas possibilidades se inserem na rede complexa da sociedade, com suas convergências e seus conflitos, mas não se confundem nem com “O” interesse coletivo sem face (ou que recebe a face que aquele que exerce o poder político pretende a ele impor) nem com particularismos atomizados, que excluem o indivíduo da rede social.

A liberdade individual não está, pois, em uma sua suposta origem natural antecedente das relações sociais, nem, tampouco, está localizada apenas nas necessidades organizacionais do ente social nem, muito, menos, nas compreensões totalizantes em que tanto o indivíduo como a sociedade se diluem. Tampouco as funções dos institutos de Direito Civil, nessa lógica, poderiam ser pensadas com pretensões totalizantes.

A liberdade é sempre liberdade do indivíduo em relação, que pressupõe limites e condicionamentos que a antecedem, que podem consistir tanto nas condições materiais em que o indivíduo se situa como no fato da existência no outro, mas que não é dado estático e permanentemente aprisionado ao um inflexível determinismo.

Esse caráter concreto que a liberdade pode adquirir nessa concepção não se observa em muitas das outras teorias modernas a respeito da liberdade, que ora privilegiam o indivíduo como átomo isolado, ora o diluem em “totalidades” abstratas. É que tanto uma como outra acabam por culminar em construções abstratas sobre a relação entre indivíduo e sociedade que, sem embargo disso, são colocadas como o lugar do real – lugar este em que a liberdade acaba por ser, também, inserida e fundamentada.

Tomem-se como exemplos do que se está a dizer duas concepções extremas e díspares sobre a liberdade da pessoa: as compreensões de Locke e de Hegel.

A concepção de Locke traz, como visto anteriormente, a liberdade individual

como situada na ante-sala da sociedade e do Estado, como se fosse possível cogitar de um voluntarismo fundante da vida social e que nela permaneceria hígido sob a forma de uma liberdade formal (assegurada pelo Estado na defesa dos direitos naturais). A liberdade está situada, assim, no lugar abstrato ocupado pelo também abstrato indivíduo do “contrato social”, que antecede e funda a sociedade política.

É, entretanto, na preocupação de definir uma liberdade “verdadeira” como crítica à liberdade burguesa (que se encontra em Locke) que se situa a construção conceitual hegeliana. Se, de um lado, ela pretende superar o sentido puramente formal e negativo de liberdade, ao descolá-la das relações concretas e localizá-la no Estado – e na sua autoridade de si para si – Hegel acaba por, paradoxalmente, oferecer à liberdade um sentido de abstração que nem mesmo a doutrina liberal mais ortodoxa ousaria afirmar⁴³⁸.

⁴³⁸ Cabe, aqui, explicitação sumária desse pensamento. Embora não seja adequado afirmar um extremado coletivismo na teoria hegeliana, é difícil negar que, ao fim e ao cabo, essa teoria conduz a uma forma de abstração prevalentemente voltada para um conceito totalizante. Esse conceito totalizante é o Estado. Tomar-se-á por base dessa análise, sobretudo, o texto “Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade” de Herbert Marcuse (MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Trad. Fausto Guimarães. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar). A crítica de Marcuse não é aqui adotada na mesma extensão e nem, necessariamente, com as mesmas repercussões a que ela pode conduzir, mas, sim, é empregada como ferramenta de análise sobretudo no que tange à diluição da liberdade individual na figura do Estado, reputado por Hegel como o lugar propriamente dito dessa liberdade. O ponto de partida da análise reside na premissa hegeliana de que a liberdade individual só se torna real na universalidade. Esta última, porém, não é a sociedade burguesa, que, no entender de Hegel, não leva à verdadeira liberdade. A rigor, nessa sociedade burguesa os indivíduos teriam apenas interesses próprios, sendo o universal (a sociedade) apenas um meio, de modo que a sociedade burguesa seria apenas uma ordem universal de coação para a garantia dos proprietários, mas não impede a formação de contradições nessa mesma sociedade. Por isso, Hegel sustenta que se deve superar dialeticamente a sociedade civil burguesa por meio do Estado. Nas palavras de Marcuse, relatando o pensamento hegeliano: “Trata-se aqui de um passo decisivo para o desenvolvimento do problema da autoridade: a sociedade burguesa, já vista em sua problemática quase completa, não mais fornece os fundamentos para o sistema social de autoridade; ela deixa de ser o lugar próprio da liberdade e, por conseguinte, da universalidade. Na medida em que o Estado se contrapõe a ela como todo independente, ao mesmo tempo ele é libertado da negatividade dessa sociedade e transformando em portador incondicional da autoridade social”. (MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Trad. Fausto Guimarães. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, p. 102). A objetividade desse Estado seria possível mediante sua elevação para nível acima de todas as condições empíricas, ou seja, há que se levar a “objetividade existente em si para si”. É somente nessa seara de objetividade, que se afasta do “mundo da necessidade” que impede que a liberdade seja reputada como uma liberdade “real”. Embora para Hegel a liberdade não possa existir como algo puramente abstrato, sendo existente apenas na ação do homem livre, esta só é reputada ação livre quando supera a contradição mantida com a necessidade. Segundo Hegel, a liberdade como realidade no mundo é necessidade, e esta não seria, portanto, a verdadeira liberdade: a vontade que se revolta contra a realidade não seria absolutamente livre. (MARCUSE, Herbert. Op. cit., p. 106). Seria somente no Estado que ocorreria a superação da contradição entre liberdade e necessidade. Essa universalidade do Estado o coloca como a “realidade do racional”, de modo que deve o indivíduo reconhecê-lo como aquilo que ele é: ou seja, reconhecê-lo como lei. Seria na obediência à lei que o indivíduo encontraria a liberdade. Na explicação de Marcuse: “Se a liberdade

Desloca-se, a rigor, a liberdade formal da seara individual para localizá-la no Estado, como algo que está para além das contradições das relações que integram a sociedade civil:

O estar em si mesmo da vontade livre, o desaparecimento da contradição entre liberdade e necessidade se realizam em uma universalidade real na qual, como forma do espírito objetivo em si, o conflito entre o conceito e o objeto já foi eliminado e o existente já é racional: no mundo da moralidade, ou, mais precisamente do Estado. 'O Estado é, portanto, o objeto imediato, mais precisamente determinado, da história universal em geral, em que a liberdade mantém sua objetividade e vive no gozo dessa objetividade'. O Estado é 'a realidade da liberdade concreta', e a idéia de liberdade só existe 'realmente como Estado'.⁴³⁹

A eliminação do “conflito entre conceito e objeto” se dá, porém, como fetichização do conceito que se torna ele próprio objeto. Nessa ordem de idéias, a liberdade “real” de Hegel talvez possa ser compreendida como uma não-liberdade.

Eis o resultado da dialética do idealismo hegeliano:

Na forma em que o indivíduo o encontra agora, o Estado é a realidade do “racional” e ao indivíduo só resta reconhecê-lo como “aquilo que é”. No Estado se realiza a substancialidade do nosso ser; necessário é o racional como substancial, e somos livre na medida em que o reconhecemos como lei.⁴⁴⁰

se torna, então a liberdade do indivíduo só pode consistir na superação de sua independência nessa universalidade; somente no Estado está ‘presente’ a independência dos indivíduos. ‘O indivíduo obedece às leis e sabe que nessa obediência se encontra a sua liberdade’ (MARCUSE, Herbert., op. cit., p. 108). Ou seja: Hegel nega que o Estado seja uma abstração, identificando-o como realidade histórica. O que ocorre, porém, é que esse Estado a que Hegel se refere pode ser compreendido como um dado conceito, que se coloca no lugar daquilo que o Estado “é”. O conceito de universalidade hegeliano não se pretende mero instrumento compreensivo, mas, sim, pretende ser a realidade mesma. O que se observa dessa análise é que, em última instância, Hegel insere a liberdade do indivíduo no âmbito de uma abstração conceitual, que embora o autor afirme como uma realidade histórica, somente pode ser compreendida como universalidade apta a se tornar o lugar da liberdade por meio de uma operação teórica que oferece ao Estado realidade institucional e histórica um dado sentido e, sobretudo, um dado conceito. Cria-se uma abstração para dar conta da realidade do Estado, mas se coloca o próprio Estado no lugar dessa abstração conceitual totalizante. Ao fim e ao cabo, a concepção hegeliana de liberdade reduz o indivíduo a alguém que cumpre normas, e, ao fazê-lo, conheceria a verdadeira liberdade. Trata-se, sem embargo, de concepção que parece operar uma diluição da complexidade do real em abstrações generalizantes, transformando o conceito de elemento instrumental em objeto *vero e proprio* do saber.

⁴³⁹ MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**, 107.

⁴⁴⁰ MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**, 109.

Ser “livre” seria, nesse sentido, reconhecer como lei o Estado que se situa no plano da superação dialética (no sentido que o idealismo hegeliano a ela atribui) das contradições da sociedade.

Mas é precisamente em meio às tensões que as contradições intrínsecas à sociedade que o indivíduo real vive. A pessoa real só é encontrável na intersubjetividade dinâmica que trava com todos os demais, e não em um ente que supostamente presentifique a razão humana – nem na posição abstrata de indivíduo que antecede os vínculos sociais.

Nesse feixe de relações sociais o agir é inevitavelmente restringido, o que não significa, porém, que inexista a possibilidade da liberdade.

A pretensão de tomar a liberdade como a vontade em si que não enfrenta condicionamentos transforma a liberdade tão-só em um conceito ideal, unitário, que a exclui do mundo real e possível.

Ao contrário, se a sociedade for compreendida na sua pluralidade dinâmica, mesmo inexoravelmente restringida, a liberdade pode vir à tona como conceito também plural.

É que a sociedade compreendida como realidade dinâmica, móvel e integrada pelas relações de intersubjetividade, se, de fato, limita e condiciona a vontade, também abre a possibilidade de fazer aflorarem intencionalidades.

Essas intencionalidades não se confundem com a vontade livre de condicionamentos nem com a liberdade puramente formal, mas são elementos que defluem do reconhecimento da individualidade inter-relacional.

Essa individualidade inter-relacional inserida na conformação social que Elias busca explicar com a metáfora das redes é, porque não se pretende totalizante, plural, o que traz à tona diferentes concepções de mundo, e, portanto, diferentes compreensões sobre o bem e a moral. Também abrem espaço para diferentes compreensões sobre a própria liberdade e sobre o valor dessa liberdade.

Em uma sociedade plural, parece mesmo mais adequado falar-se em liberdade(s) do que em liberdade, como contraposição às pretensões totalizantes ou àqueles que tentam identificar em um único perfil da liberdade (sobretudo na

liberdade negativa e formal) o que seria o verdadeiro “ser” livre.

O pluralismo que emerge da realidade não se compraz de uma dialeticidade do “fim da história”, mas, ao contrário, está na seara de uma dialeticidade em que a superação de uma dada contradição não pretende a eliminação dos opostos, mas a construção do novo que não deixa de conter, em si, porque plural, novas contradições.

É à luz dessas premissas que se identifica a possibilidade de se pensar em uma fundamentação funcional do direito civil fundada em um conceito plural de liberdade. Essa noção de função como liberdade(s) será explicitada no título III.

TÍTULO III - LIMITES E POSSIBILIDADES EXPLICATIVAS DAS FUNÇÕES DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE UMA COMPREENSÃO PLURAL SOBRE A LIBERDADE

Após a investigação a respeito do perfil da denominada funcionalização do Direito Civil no século XX, bem como de sua crise, cabe cogitar dos sentidos contemporâneos que a dimensão funcional do Direito Civil pode adquirir. Impende, ainda, aferir o que resta de funcionalização na referida dimensão, uma vez que não são conceitos sinônimos, como se pôde aferir a partir da constatação da existência de funções em um Direito Civil “não funcionalizado” no século XIX.

Uma conclusão possível seria a de que ainda faz sentido cogitar de uma dimensão funcional, em seu sentido normativo próprio (ou seja, não apenas de função latente, mas de uma função que define intencionalmente um dever-ser), ainda que em termos diversos de muitos dos seus fundamentos originais referentes à função social tipicamente novecentista.

Como já se pôde observar ao longo deste trabalho, os significantes “liberdade” e “função” não são aqui empregados no mesmo sentido que a eles era atribuído nos séculos XIX e XX.

Ou seja: não se trata de uma liberdade de significado unívoco, formal e negativa, que praticamente se confunde com a autonomia privada de viés patrimonialista que prevalece no século XIX nem de uma função totalizante típica das análises do funcionalismo do século XX.

Também por isso não se está a tratar de uma função dos institutos jurídicos que se esgota em um social tomado como um todo que prescinde das partes, ou, ao menos, nas quais as partes se diluem, como verificado em boa parte das concepções novecentistas sobre o tema.

Não se propõe, aqui, nem o modelo de função social que toma essa totalidade como um todo orgânico ao qual as prestações levadas a efeito pelos institutos devem se dirigir, nem, tampouco, um retorno à liberdade formal do indivíduo proprietário e atomizado dos liberalismos oitocentistas.

Também não se trata, como visto, da superação completa da liberdade

individual e das funções sociais por um ente racional situado em plano superior (como o Estado hegeliano).

A função sobre a qual se está a cogitar não despreza a relevância de projetos coletivos – ao contrário, os contempla como pertinentes também a coletivos dotados de concretude -, mas dispensa pretensões totalizantes. Reconhece a si mesma como parcial, porque não se pretende única. Pretende residir no lugar dos fundamentos, mas não se coloca como fundamento exclusivo ou último, sendo, ao contrário, múltipla, plural.

Não se dirige a um todo orgânico nem a outras abstrações totalizantes, e ao mesmo tempo não propõe, como visto, retorno às abstrações individualistas.

É precisamente por aquilo que essa fundamentação funcional “não se propõe ser” que ela pode ser cogitada como sustentável. Se ela fosse essencialmente totalizante, seu caráter seria incompatível com uma sociedade plural. Se fosse vinculada apenas a uma liberdade como autonomia privada formal e negativa, a função poderia se constituir uma contradição em si mesma.

O que se está aqui a qualificar como sustentável é o reconhecimento de que:

- a) uma dimensão funcional resignificada ainda faz sentido no Direito Civil contemporâneo;
- b) essa dimensão funcional não se confunde com o funcionalismo novecentista;
- c) ela recolhe conceitos aparentemente pretéritos – notadamente a liberdade e os pilares da propriedade, família e contrato – mas permite compreender as mudanças de seu significado e, sobretudo, propicia a identificação de uma mudança dos seus fundamentos;
- d) a dialética a que está vinculada admite a conservação de parte do que ela acaba por negar, mas, ao mesmo tempo, preconiza a transformação qualitativa que, sem embargo, não se pretende um “momento final”, pois sua abertura ao que é móvel, dúctil e dinâmico está precisamente no reiterado incremento de liberdade(s);
- e) há base normativa de caráter constitucional a apreender essa nova dimensão funcional centrada nas liberdade(s).

Esta última conclusão, de modo especial, parece ser viável seja pela constatação objetiva da manutenção no Direito brasileiro da categoria *função social* (e, sobretudo no que tange à propriedade, como garantia constitucional jusfundamental), seja pelo fato de que, ao menos *prima facie*, as razões ideológicas, aquelas pertinentes a um suposto déficit de efetividade, ou que decorrem de uma

mudança no modelo de Estado ou, ainda, de um déficit de fundamentação, parecem superáveis, como se pretendeu cogitar na última seção do título II.

O itinerário pelo qual este trabalho transitou até este momento permitiu desenvolver a edificação e a problematização das premissas sobre as quais pode se erigir a confirmação da hipótese formulada ao início desta tese.

É nessa esteira que o título III visa a propor uma função centrada na liberdade(s), apontando, de modo dialético, caminhos de identificação dessa dimensão funcional.

Principia por formular uma possível enunciação da função como liberdade(s), examinando cada um dos elementos que a compõem. Em seguida, apresenta-se proposta aberta de construção de critérios de aferição da função como liberdade(s), sem pretender um exaurimento de suas hipóteses e nem, tampouco, da definição completa de um método rígido.

Na parte final, são formuladas hipóteses exemplificativas em que se buscará demonstrar como a função como liberdade(s) pode constituir um elemento compreensivo da liberdade, da propriedade e do contrato, fundamentando, ainda que parcialmente, o sentido funcional contemporaneamente atribuído a esses institutos.

1 DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S) E DE POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE LIBERDADES NA DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL

Este primeiro capítulo visa a oferecer, com base na hipótese da tese, uma possível configuração da função como liberdade(s). Ela será formulada na seção 1.1.

Da enunciação formulada emergirão questões que não podem deixar de ser enfrentadas, e que defluem, sobretudo, da evidente possibilidade de que perfis de liberdade possam entrar em colisão quando da determinação da dimensão funcional, o que só se pode aferir em concreto. Mesmo assim, não se pode abdicar da referência a critérios, necessariamente porosos, maleáveis, que possam servir ao mister de identificar qual/quais perfil/perfis pode/podem prevalecer como função em dada situação concreta.

Disso defluirá outra questão relevante: trata-se de ponderar a possibilidade de presumir *a priori* um conflito entre os perfis da liberdade na análise do caso concreto. É o que se pretende problematizar na seção 1.2.

Se constatado o conflito, cabe pensar em métodos de solução, que podem passar pela ponderação e pela proporcionalidade.

É relevante advertir que esse exame, que também pode ser reputado um ensaio sobre métodos de aferição e de aplicação da função como liberdade(s), aqui se apresenta em caráter preliminar, não pretende trazer conclusões fechadas. Tampouco é essa a pretensão central da tese que se está a desenvolver. A necessária remissão à concretude do caso impede a definição de parâmetros apriorísticos rígidos, que tornem a função de caráter substancial que aqui se propõe refém do método, reconduzindo-a a um mundo de abstrações. Por isso a definição de critérios será sempre apontada apenas *prima facie*.

1.1 DE UMA POSSÍVEL ENUNCIÇÃO DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S) NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

As premissas apontadas ao longo dos títulos anteriores parecem conduzir às possibilidades preconizadas na hipótese, sendo possível cogitar de uma dimensão funcional do Direito Civil centrada na(s) liberdade(s).

Com efeito, no decorrer deste trabalho procurou-se demonstrar a viabilidade de um conceito plural de liberdade, coerente com uma sociedade também plural cuja compreensão não se pretende nem aprisionada nem, muito menos, substituída por modelos abstratos e totalizantes.

Também se revelou a compatibilidade entre uma compreensão acerca da função que não remete a totalidades abstratas – nem a conceitos totalizantes –, abdicando do organicismo funcionalista, mas ressaltando a relevância de se pensar em finalidades múltiplas que podem residir nos fundamentos do Direito Civil. Com efeito, pensar que os institutos de Direito Civil têm algo a realizar em favor de pessoas tomadas em sua concretude e, portanto, na multitude inter-relacional em que se insere no tecido social, não é pensar, necessariamente, que essas mesmas pessoas são órgãos ou elementos cujos atos devem servir a um “todo” social unitário.

A chegada a esse ponto indica precisamente que no plural das liberdades e das funções é que se situam as possibilidades da fundamentação funcional que se está a propor.

Trata-se de reconhecer que entre as funções dos institutos básicos do Direito Civil estão o exercício e a promoção da liberdade coexistencial⁴⁴¹ – sem que isso implique excluir outras funções relevantes nem, tampouco, afirmar que, em eventual conflito de funções, a(s) liberdade(s) sempre deva prevalecer.

É que, ainda que seja fundamento, a função como liberdade(s) não pode pretender, sob o risco de insolúvel contradição, ser fundamento unitário que reconduza a função a um sentido totalizante. Se assim fosse, a liberdade se converteria em abstração que se coloca no lugar do real. Repensar fundamentos

⁴⁴¹ A coexistencialidade é dado inafastável, sob pena de se cair na abstração do individualismo, como reconhece Carlos Fernández Sessarego. SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. Trujillo: Normas Legales, 1995, p. 84.

não é retornar à busca do fundamento último.

Essa liberdade, também por isso, não pode ser compreendida como conceito unitário, monolítico, mas, sim, como compreensão plural, integrada por diversos perfis (tais como liberdade como efetividade, liberdade como abstração, liberdade negativa, liberdade positiva) que ora convergem ora se distanciam e até colidem.

É a realização dessa liberdade plural que pode ser reputada como uma das funções da propriedade, do contrato e da família, integrando seu conteúdo e permitindo, por meio de nova fundamentação, um repensar de seus significados contemporâneos.

O que se cogita, pois, é que essa liberdade plural (e potencialmente dotada de perfis contraditórios) pode servir de fundamento parcial para a dimensão funcional desses institutos jurídicos, sem que se possa afirmar de antemão, porém, que perfil de liberdade será prevalente da identificação dessa função.

Reitere-se, para evitar dúvidas: trata-se de fundamento não exclusivo (e portanto, não excludente). Não é fundamento único nem último. Não é o lugar abstrato do encontro da função com a “verdadeira” liberdade, e, sim, a pretensão de realização concreta de liberdade(s), com o perfil que a realidade da pessoa em relação pode demandar do Direito Civil conforme a situação concreta em que estiver inserida.

O reconhecimento de que a direção para a qual essa função pode apontar é incerta como *a priori* não significa uma erosão da dimensão funcional. Pode significar, porém, que não é possível oferecer caráter unitário e absoluto às funções que o Direito atribui a dada figura jurídica.

Significa, todavia, que é possível, mesmo sem verdades concebidas *a priori*, aferir algum sentido funcional, que realiza um ou mais perfis da liberdade.

Tal realização não pode ser arbitrária, ainda que não se possa afirmar como possível a pretensão de obter, de modo absoluto e excludente, uma única solução correta.

A enunciação pode, pois, se dar da seguinte forma: trata-se de uma dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil centrada em uma compreensão plural - e internamente dotada de potencial conflito entre perfis

de liberdade - que pode permitir afirmar que contrato, propriedade e família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistenciais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer conseqüências materiais advindas do exercício desse direito.

Essa enunciação ora apresentada não reduz sua complexidade nem elimina outros elementos relevantes de sua configuração. Atende, porém, a um imperativo teórico-prático de clareza e de objetivação em homenagem à natureza do presente trabalho.

O norte enunciado significa que tanto o contrato como a propriedade e a família têm prestações a realizar em termos de liberdade em favor de indivíduos e de grupos de indivíduos, ampliando o espaço de escolhas, incrementando opções de vida e ofertando possibilidades concretas de exercício efetivo dessas escolhas.

Observe-se que quando se faz referência à realização de prestações a indivíduos ou a grupos de indivíduos está-se a pensar na pessoa concreta em relação, imersa no feixe de vínculos de intersubjetividade que compõe a sociedade, e não no indivíduo atomizado, como já reiteradamente esclarecido no decorrer deste trabalho. A individualidade, como visto, não se confunde com o individualismo, assim como a referência ao grupo não se confunde com o coletivismo. Individualismo e coletivismo residem no campo das dicotomias centradas em conceitos abstratos que se colocam com pretensão de verdade, os quais já se teve a oportunidade de criticar ao início do título II desta tese.

Por prestações, reportamo-nos ao sentido contemporaneamente atribuído à função também no título II: não se trata de função como liberdade(s) entendida como uma liberdade que deve realizar prestações em favor do coletivo, mas, sim, da liberdade como uma *vera e propria* prestação que propriedade, contrato e família podem realizar em favor da pessoa concreta.

Essa prestação de liberdade é, como visto, plural.

Pode consistir, em dadas situações, em uma ampliação do âmbito do formal das escolhas possíveis, bem como da proteção jurídica dessas escolhas.

Nesse caso, está-se diante da liberdade como abstração – na medida em que se trata de reconhecimento da possibilidade ideal de realizar escolhas – e de

liberdade negativa – como liberdade que se exerce em uma seara de não coerção.

Entretanto, se a função como liberdade(s) se resumisse a essa compreensão, poder-se-ia supor que a proposta se referiria, simplesmente, a prestações atinentes à chancela de uma visão reducionista da própria autonomia privada. Não é, porém, disso que se está a tratar. Um passo adiante aqui se propõe.

A prestação a ser oferecida pelos institutos de Direito Civil pode consistir na chancela e na proteção jurídicas da normatividade que emerge da liberdade vivida, nos termos daquilo que já se explicitou como uma possível expressão da liberdade positiva. No entanto, a isso não se restringe.

É que a chancela da normatividade construída nas opções livres de vida, nos modos de viver, ou nas escolhas individuais não esgota as possibilidades de prestação em termos de liberdade.

Integra também os possíveis perfis de liberdade aquilo que aqui já se denominou de liberdade substancial, ou, como preferimos denominar, liberdade como efetividade.

Trata-se não apenas da possibilidade abstrata de fazer escolhas, como também a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que implica tanto a não coerção de outros indivíduos ou do grupo quanto, sobretudo, as condições materiais para que as escolhas sejam realizadas. Mais que isso: trata-se de ampliar as possibilidades reais de escolha e o próprio espaço daquilo que se pode valorizar.

Essas prestações podem, ora singularmente, ora conjuntamente, ser realizadas por meio dos institutos de Direito Civil, residindo a pretensão de realização dessas prestações (como finalidade, ou seja, como funções) no fundamento contemporâneo desses mesmos institutos.

Ocorre que, uma vez que a realização dessas prestações se coloca como função em concreto, ou seja, não é apenas algo que reside em uma seara de abstração, esses diversos perfis de liberdade podem entrar em conflito.

Por evidente, como antes demonstrado, não se trata de um conceito unitário e unívoco de liberdade, e sim de um conceito plural – daí porque se expressa como liberdade(s).

De tudo isso pode-se compreender porque se está a versar sobre uma

dimensão funcional ressignificada do Direito Civil contemporâneo. Não se trata da função de viés puramente coletivista, nem, tampouco, de mero limite externo à propriedade ou à liberdade. Também não se trata de colocar a função em lugar do direito subjetivo ou do valor juridicamente protegido.

Daí se infere que essa dimensão funcional não se confunde com o funcionalismo novecentista. Ou seja, não se trata de função que só faz sentido em uma lógica sistêmica remetendo-se à totalidade de um certo coletivo, mas, sim, de uma função que importa a realização de prestações em favor da pessoa concreta. E ao fazê-lo não nega (ao contrário, antes admite e incorpora – superação insular do indivíduo).

Essa dimensão funcional que se está sustentar recolhe conceitos que já eram empregados nos modelos de Direito Civil construídos no passado, mas que não mantêm o mesmo conteúdo, o mesmo significado que detinham anteriormente.

O contrato que contemporaneamente tem por função o incremento, a manutenção e o exercício de liberdade(s) não é mais aquele pautado na autonomia da vontade. A função a ele atribuída não se confunde nem com o dogma voluntarista nem com a realização de prestações dirigidas a um todo sem face definida. A(s) liberdade(s), como prestação a ser levada a efeito pelo contrato não se restringe ao reducionismo da liberdade formal e negativa da autonomia da vontade dos séculos XVIII e XIX.

Dizer que o contrato (assim como a família e a propriedade) deve promover liberdade(s) é reconhecer uma mudança do seu significado e dos seus fundamentos, bem como de que, como consequência, a disciplina jurídica desses institutos deve se direcionar para a(s) liberdade(s).

Isso importa uma nova postura hermenêutica tanto perante a legislação infraconstitucional quanto diante da própria Constituição – o que significa, inclusive, uma releitura das normas constitucionais sobre a propriedade e o conteúdo de sua função social, sobre a livre iniciativa exercida por meio do contrato, sobre a proteção da família na pessoa de cada um dos seus integrantes direcionada pela(s) liberdade(s). Até mesmo a sempre difícil questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (ainda que aqui se anote incidentalmente e *quantum satis*) pode ser repensada quando se tem em conta que a liberdade dos

privados é conceito mais amplo e complexo do que a autonomia privada oitocentista - que costuma ser conceito central nesse debate, como argumento empregado para a restrição a essa eficácia.

Ao mesmo tempo em que impõe mudança da interpretação das normas constitucionais aplicáveis às relações interprivadas, a função como liberdade(s) encontra base normativa na própria Constituição. Embora não se reduza à mera decorrência mecanicista do direito positivo, a dimensão funcional aqui explicitada não conflita com esse mesmo direito positivo, encontrando base normativa tanto na funcionalização da propriedade (art. 5º XXIII) e do contrato (art. 170 da CR 88), como na identificação da construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” como objetivo da República (art. 3º da CR 88) e, sobretudo, no direito fundamental de liberdade (art. 5º da CR 88).

Essa mudança de fundamentos sobre a qual se está a versar, que está a impor nova compreensão do significado de institutos jurídicos tradicionais – como também traduz outra compreensão sobre o que é a liberdade dos privados – é necessariamente dialética. Por isso não rechaça por completo significantes pretéritos: a dialética admite a conservação de parte do que ela acaba por negar, e, ao mesmo tempo, preconiza a transformação qualitativa.

A liberdade e a função são aqui empregadas como conceitos que passam por mudança qualitativa – nos termos antes explicitados – entre os séculos XIX e XX e entre os séculos XX e XXI. Essa travessia ocorre com a propriedade, o contrato e a família, dialeticamente ressignificadas por meio de uma nova dimensão funcional.

Essa transformação qualitativa não se pretende e nem pode se pretender um “momento final”, uma vez que a abertura que essa dialética pressupõe não se encerra em um momento de síntese unitário e inexorável.

Nem poderia ser diferente: a dialética que rechaça a possibilidade de negação da síntese distorce seu próprio sentido dialético. Toda síntese é, nesse sentido, provisória.

Na tese proposta, esse caráter dinâmico é ainda mais acentuado pelo fato de que a ressignificação que se sustenta é pautada na liberdade. Essa abertura da dimensão funcional ao que é móvel, dúctil e dinâmico está precisamente no reiterado incremento de liberdade(s), haja vista que é nas inúmeras possibilidades

engendradas pelo agir livre - e pela ampliação das possibilidades desse agir – que se verifica a pluralidade de alternativas, de valores e de concepções de vida que asseguram a renovação dos sentidos atribuíveis aos objetos que se está a funcionalizar a essa(s) liberdade(s).

Mas essa liberdade plural, com a multiplicidade de perfis que ela pode assumir, nem sempre implicará a consecução integral de todos esses perfis. Aliás, nem mesmo se espera que assim ocorra: a pluralidade pressupõe e admite a colisão de perfis de liberdade.

Esse fato traz à tona relevante questão atinente à identificação, em concreto, da realização ou não da dimensão funcional fundada na(s) liberdade(s), bem como na prevalência, no plano do *dever-ser*, de um ou de outro perfil.

A questão sobre os critérios atinentes ao atendimento da função como liberdade(s) na seara da colisão de perfis de liberdade é o que se examinará a seguir.

1.2 CONSTRUINDO POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO ATENDIMENTO DA DIMENSÃO FUNCIONAL CENTRADA NA(S) LIBERDADE(S)

O exame concreto de uma situação específica, pertinente ao Direito Civil, pode trazer fundadas dúvidas sobre a realização ou não de um dado perfil da liberdade.

Pode, também, fazer refletir sobre qual perfil da liberdade deve prevalecer no caso concreto, na impossibilidade de realização integral e conjunta de todos os perfis a ele pertinentes, ou, quando menos, sobre a realização em maior grau de um dado perfil e em menor grau de outro.

Em outras palavras, está-se a tratar da dificuldade de identificar a ocorrência concreta de colisão de perfis da liberdade, a demandar uma escolha acerca do perfil funcional prevalente ou, mesmo, do grau de realização de cada perfil.

É, como se vê, uma necessária antessala para se pensar em critérios ou, mesmo, métodos de solução de conflitos: cabe, primeiramente, aferir se o conflito existe.

A compreensão sobre a existência real ou aparente do conflito é o passo prévio necessário para que a aferição a respeito da realização ou não das prestações funcionais de liberdade seja possível – bem como, em caso negativo, para emergir o *dever-ser* que poderá se dirigir ao implemento dessa função.

A definição de critérios rígidos, ainda que para levar a efeito uma aferição pretensamente objetiva, seria um escopoo temerário. Haveria o risco de recondução da função como liberdade(s) à seara de abstração que se pretende rechaçar.

Isso não significa, todavia, que o emprego de presunções e de lógicas sequenciais – como passos de um método, e não como sequencialismo rígido - deva ser desprezado: não se preconiza o procedimentalismo puro que formata a realidade às suas próprias formas, mas também não se pode prescindir de parâmetros instrumentais de análise.

Nessa toada, um possível critério para essa aferição sobre a realização ou não das prestações de liberdade em uma dada situação jurídica pode partir de uma presunção, apenas *prima facie*, de exercício da liberdade como efetividade quando de uma manifestação de autonomia privada, como liberdade formalmente assegurada a partir de um lugar de abstração (em um espaço de não-coerção). Em outras palavras, presume-se, apenas à primeira vista, uma conjugação ao menos de alguns dos perfis de liberdade.

Essa presunção que se põe à primeira vista não é arbitrária: decorre da necessidade lógica de assumir um ponto de partida que resida no ordenamento jurídico. Nessa esteira, se o Direito assegura formalmente aos entes privados um espaço de exercício de liberdade, em um lugar de não coerção, a presunção que emerge do dado formal é a de que, precisamente por não ter havido, em tese, coerção, esse exercício da autonomia seria, efetivamente, livre em termos substanciais. No plano lógico formal não seria possível, sem qualquer outro elemento adicional, presumir um conflito *prima facie*: o indivíduo, em tese, dentro dos limites do ordenamento, pode fazer escolhas livres. Se escolheu algo dentro desses limites, supõe-se, salvo demonstração em contrário ou outro fator objetivo que gere presunção inversa, que escolheu livremente.

Ocorre que, por evidente, essa presunção pode ceder. Cogita-se de ao menos três situações em que a identificação do conflito entre perfis da liberdade

pode vir à tona: (a) prova acerca da desigualdade de liberdade como efetividade, que faz com que uma pessoa se imponha unilateralmente à outra na formação e no desenvolvimento de um vínculo jurídico; (b) presunção legal inversa, em que o próprio legislador presume déficit de liberdade como efetividade, ante a desigualdade presumida (como nas relações de consumo ou nos contratos por adesão); (c) presunção decorrente de máximas da experiência, que pode permitir a identificação concreta, a partir também de uma presunção inversa, do déficit de liberdade como efetividade – que, nesse caso, é realizada pelo juiz.

Essas situações serão examinadas e problematizadas uma a uma, mas podem ser apontadas, desde logo, como hipóteses em que o conflito de liberdade se desvela e demanda solução. Como se pôde perceber, trata-se de critério que aqui se apresenta com caráter exemplificativo: a formulação acima descrita diz respeito à relação entre liberdade como efetividade e a liberdade como abstração, não contemplando outros perfis. Trata-se, porém, de um ponto de partida na construção dos critérios de aferição que a reflexão sobre a efetividade da dimensão funcional aqui desenvolvida acaba por demandar.

Principie-se pelo exame da primeira situação que pode fazer ceder a presunção de conjugação de exercício/prestação de liberdades. Trata-se, como exposto, da existência de prova acerca da desigualdade de liberdade como efetividade, que faz com que uma pessoa se imponha unilateralmente à outra na formação e no desenvolvimento de um vínculo jurídico.

Com efeito, pode-se identificar exemplo do que se está a referir na norma do artigo 157 do Código Civil, que define e lesão como vício do negócio jurídico. Além do requisito objetivo da desproporção entre as prestações, exige a lei que o agente tenha celebrado o negócio em virtude de inexperiência ou necessidade. Esses dois requisitos alternativos importam déficit de liberdade como efetividade: aquele que celebra contrato excessivamente oneroso por necessidade o faz por não ter uma razoável opção concreta de não contratar naqueles termos. Aquele que contrata em situação de inexperiência tem suas opções concretas restringidas pela ausência de conhecimento efetivo sobre a existência delas. Comprovadas a necessidade ou a inexperiência, apresentam-se os requisitos subjetivos que poderão permitir, caracterizado o requisito objetivo (desproporção manifesta entre prestações), a anulação ou a revisão do contrato.

A segunda hipótese em que a presunção de conjugação de perfis de liberdade pode ceder é aquela em que existe presunção legal inversa, em que o próprio legislador presume o déficit de liberdade como efetividade, ante a desigualdade também presumida. Não se pode deixar de ter em conta que o déficit de liberdade pode, pela dificuldade que enseja na defesa dos direitos da pessoa que sofre esse déficit, inviabilizar a demonstração efetiva de que a liberdade formalmente assegurada não se realizou como liberdade substancial.

Por isso a lei acaba por presumir vulnerabilidade ou hipossuficiência, ou, mesmo, diretamente, déficit de autodeterminação, a impor tratamento mais favorável a dados sujeitos.

Nas relações de consumo há inúmeros exemplos de inversão da presunção, ante o reconhecimento de uma vulnerabilidade presumida⁴⁴² do consumidor. Isso se evidencia, por exemplo, por meio de muitas das hipóteses que são reputadas pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor como cláusulas abusivas. Algumas hipóteses ali descritas poderiam não ser reputadas como tais se não se pudesse presumir (ou comprovar) um déficit de liberdade substancial, tais como o oferecimento de opção unilateral (inciso IX); direito de rescisão unilateral atribuído a apenas um dos contratantes (inciso XI); renúncia prévia a direitos como a indenização por benfeitorias necessárias (inciso XVI) ou cláusula arbitral compulsória (inciso VII).

Pode-se dizer que não apenas a lei presume que a opção efetiva quanto à inserção ou não das cláusulas não foi oferecida ao consumidor, mas, também, que as cláusulas, na sua eficácia, poderiam implicar agravamento do déficit de liberdade substancial, privando o consumidor quer do acesso a bens ou serviços que poderiam ser necessários à manutenção ou ao incremento dessa liberdade (incisos IX e XI), ou quer, ainda, da efetiva escolha no tocante à defesa de seus direitos (que poderia ser tolhida ou reduzida quando se trata de cláusula arbitral de observância obrigatória).

⁴⁴² Essa vulnerabilidade, no dizer de Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem impõe tratamento legislativo diferenciado, com, sentido protetivo, e está no cerne da doutrina finalista sobre as relações de consumo (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, p. 84). No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 32.

Situação semelhante se dá quando se trata de contratos de adesão: não apenas a lei prevê uma interpretação mais favorável ao aderente (ou seja, aquele que, presume-se, teve suas possibilidades de escolha tolhidas materialmente) quanto às cláusulas ambíguas (CCB, art. 423), mas, também, reputa inválida a renúncia antecipada a direitos reputados como resultantes da natureza do negócio (art. 424).

Por fim, a presunção de conjugação efetiva de liberdades pode ceder ante a presunção inversa decorrente de máximas da experiência (art. 335 do Código de Processo Civil)⁴⁴³, que pode permitir a identificação concreta, a partir também de uma presunção inversa, do déficit de liberdade como efetividade – que, nesse caso, é realizada pelo juiz.

Isso significa que, ainda que não haja presunção legal nem prova cabal de déficit de liberdade, pode o juiz presumi-lo se as circunstâncias assim admitirem, ou seja, se houver indícios que, apreciados pelas regras ordinárias da experiência, permitam essa conclusão.

Daí se pode sustentar que nas três hipóteses acima examinadas é viável afirmar que o conflito de liberdade se desvela e demanda solução.

Algumas possibilidades viriam à tona no atendimento desse mister. Uma primeira cogitação poderia ser a definição hierárquica ou, quando menos, sequencial, de prevalência de um ou de outro perfil. Em outras palavras, poder-se-ia cogitar de uma ordem de perfis, que deveriam ser atendidos na sequência rígida predeterminada por um juízo de relevância sobre cada um deles. Assim, por exemplo, poder-se-ia fixar que a liberdade formal precederia à substancial, devendo prevalecer no caso concreto em que estas estivessem em conflito, ou, ao contrário, haveria a prevalência da liberdade substancial sobre a liberdade formal.

⁴⁴³ A respeito do tema colhe-se da doutrina processual civil que os fatos que independem de prova são classificados como: a) incontroversos, b) notórios, c) intuitivos, d) presumidos legalmente. A referência aqui diz respeito ao item “c”, ou seja, àqueles fatos que “conquanto não demonstrados no processo, tem-se como existentes, uma vez verificados certos indícios, porque é o que geralmente acontece na vida. Ao juiz é dado aplicar ao processo as regras da experiência, tendo como certos aqueles fatos que a própria vida demonstra que acontecem, independentemente de estarem provados”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. vol. 1. São Paulo: RT, 1999, p. 484. Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart ensinam que, a rigor, de cada fato indiciário emerge uma presunção, de modo que à soma de presunções se pode denominar “juízo-resultado”. Seria, então, esse juízo-resultado a conclusão a respeito do déficit de liberdade decorrente da aferição de fatos indiciários. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2008, 301.

Essa solução, porém, não parece se mostrar adequada, por diversas razões que, a seguir, passo a indicar:

a) A solução sequencial rígida importaria a necessidade de estabelecimento de uma ordem rígida de prevalência de liberdades que não seria compatível com a complexidade das situações – múltiplas – que demandam solução da colisão;

b) Essa ordem rígida somente poderia ser constituída aprioristicamente, o que reconduziria a dimensão funcional proposta a uma seara de abstração que se colocaria no lugar da concretude das situações que estão a demandar respostas – precisamente o oposto daquilo que se preconiza com a proposta de fundamentação funcional aqui desenvolvida;

c) A lógica das situações jurídicas situadas no âmbito da família é diversa daquela de que estão imantados a propriedade e o contrato – ainda que a função como liberdade(s) reforce, como se verá no momento oportuno, o sentido de personalização desses institutos -, pelo que uma ordem rígida imporia lógicas unitárias de solução para problemas substancialmente diferentes entre si;⁴⁴⁴

d) Definir aprioristicamente a prevalência de liberdade(s) é impor uma unicidade axiológica que é incompatível com o caráter plural de que está revestido o conceito de liberdade tal como proposto, na seara de uma sociedade complexa. Com efeito, afirmar que o projeto constitucional em que essa dimensão funcional pode se inserir contém uma tábua axiológica não é o mesmo que afirmar uma unicidade rígida de valores que despreze a multiplicidade axiológica daqueles que integram a sociedade, conformando uma compreensão material da própria Constituição, para além de lógicas neopositivistas;

e) A solução sequencial rígida pressuporia a existência *tout court* de uma liberdade que sempre seria tomada como mais relevante que as outras. Isso permitiria supor que aquele perfil que se coloca como antecedente seria uma liberdade “mais verdadeira” que as demais, o que seria contraditório com o sentido plural de que se está a cogitar. Em outras palavras, inexistiria verdadeira pluralidade, mas apenas consecutórios da “verdadeira liberdade”;

⁴⁴⁴ Essa é a razão em face da qual, neste estudo, os três significantes em pauta aparecem referidos conjuntamente no plano dos métodos de análise, jamais parificando-os ou submetendo-os a uma só racionalidade.

f) Os perfis de liberdade são dúcteis (sem que, por evidente, tal ductibilidade lhes retire identidade e permanência), emergindo de modos diversos das diferentes situações jurídicas às quais são pertinentes, pelo que a eleição de um modelo ou perfil de liberdade não se coaduna com a complexidade de que se reveste, em concreto, esse mesmo conceito plural;

g) A solução apriorística partiria sempre de uma valoração externa sobre a liberdade que deveria prevalecer em todos os casos, ou seja, de uma aferição que prescindiria do valor que os integrantes da situação subjetiva material atribuem à sua liberdade e às consequências de seu exercício, o que, em última instância, poderia solapar a viabilidade de chancela jurídica da liberdade positiva como liberdade vivida da qual emerge uma dada normatividade concreta.

Por essas razões, a eliminação do conflito por meio de um critério sequencial rígido ou hierárquico não parece adequada ao sentido que aqui se atribui à função como liberdade(s), sendo necessário cogitar de outro método que, sem importar em decisionismos voluntaristas - mas sem almejar a segurança das soluções unívocas de uma “geometria euclídeana”⁴⁴⁵ do Direito Civil – possa dar conta do problema que se está a formular.

É com esse escopo que se problematizará, a seguir, a viabilidade de ponderação de perfis da liberdade.

1.3 DA COLISÃO ENTRE PERFIS DA LIBERDADE: COGITAÇÕES SOBRE A VIABILIDADE DE PONDERAÇÃO

A constatação acerca da possibilidade de colisão de perfis de liberdade decorre da própria definição do seu conceito plural.

Com efeito, não é difícil conceber a colisão, por exemplo, entre a liberdade negativa e a liberdade positiva. O reconhecimento de “modos de vida” e a chancela da normatividade que dali emerge, ainda que parta de um pressuposto atinente à liberdade negativa (ou seja, afirmar que aquele modo de vida não é proibido) a ele

⁴⁴⁵ Emprega-se a expressão, aqui, no mesmo sentido de crítica à “geometria euclídeana das obrigações” a que se refere Paulo Nalin, como fruto de um racionalismo que encara o direito por meio de proposições abstratas a partir das supostas e estabilidade e certeza oferecidas pelos modelos codificados. NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 109.

não se restringe, podendo implicar restrição a posições jurídicas de algum dos integrantes da relação jurídica posta no âmbito dessa liberdade positiva – significando, portanto, a redução do espaço de liberdade negativa.

Em termos semelhantes, o que neste trabalho tem-se denominado de liberdade como abstração (ou liberdade formal) pode colidir com a liberdade como efetividade – ou substancial. Isso pode se evidenciar, por exemplo, na pretensão de situar a liberdade substancial na seara de um “não direito”, como algo juridicamente irrelevante, e sustentar a prevalência universal da liberdade juridicamente assegurada entre indivíduos formalmente iguais (liberdade formal, ou liberdade como abstração), conforme o perfil oitocentista, significa, em termos concretos, admitir a não realização de liberdades como efetividade, sobretudo (mas não exclusivamente) nas relações entre partes desiguais.

Também a liberdade substancial pode conflitar com a liberdade negativa, ao impor restrições (coerções) a um indivíduo visando a promover a ampliação da liberdade efetiva de outro ou, quando menos, não tolhê-la.

A liberdade positiva, a seu turno, pode não ser chancelada quando se verifica que seu exercício por um indivíduo se deu mediante a sujeição material de outro, com déficit de liberdade como efetividade.

Assim, se a realização conjunta de dois ou mais perfis de liberdade é algo que se possa pretender, nem sempre ela é factível, revelando-se a inevitável colisão de liberdades.

O problema que se coloca é o da solução dessas colisões. Já se rechaçou anteriormente o recurso a soluções sequenciais rígidas, que, a rigor, implicariam uma eliminação da colisão propriamente dita (transformando-a em colisão apenas aparente), mas que se revelam inviáveis.

Cabe, pois, aventar de outras soluções possíveis, que devem ser pensadas tanto na perspectiva hipotética do legislador (que realiza opções entre perfis de liberdade a partir do princípio plural de que se está a falar), quanto no papel do julgador na aplicação do princípio.

Impende, porém, formular advertência preliminar: a construção detalhada de um método de solução da colisão de perfis de liberdade extrapola os objetivos deste trabalho, uma vez que reside em uma seara diversa daquela em que se situa a

presente proposta de redefinição de alguns dos fundamentos do Direito Civil. Trata-se de tema que reside em outro âmbito da teoria do Direito, que é o da teoria da norma jurídica.

Nos estreitos limites deste capítulo não seria viável, por evidente, levar a efeito tal pretensão hercúlea, que tem gerado acesos debates doutrinários e o advento de diversas teses de refinada construção e elevada complexidade.

De qualquer sorte, algo que está implícito na advertência acima permite, ao menos, reputar as teorias já existentes a respeito da solução de conflitos entre normas como algo pertinente ao tema desta tese: versar sobre função como liberdade(s) é tratar de algo que se situa no âmbito do *dever-ser*, e, assim, no âmbito da normatividade. Afirmar-se que os institutos de Direito Civil devem realizar prestações em termos de liberdade(s) é afirmar que a realização dessas prestações é um comando normativo. Trata-se, porém, de comando normativo que não pode ser pensado como uma ordem definitiva, mas, sim, como uma ordem de realização de tais prestações na sua máxima extensão possível⁴⁴⁶ (assim entendida como possibilidade fática e jurídica). À luz dessa compreensão, pode-se situar a dimensão funcional aqui sustentada no âmbito dos princípios.

O que se pretende, portanto, nesta seção, é examinar criticamente algumas dessas teorias, identificando sumariamente algumas contribuições que elas podem oferecer para a construção de critérios e métodos para a solução de conflitos entre perfis de liberdade.

Ainda que as possibilidades que serão a seguir apontadas partam de uma pretensão de correção, não há, na tese, qualquer objetivo vinculado nem à obtenção da “única resposta correta”, nem, tampouco, de adoção irrestrita de qualquer das concepções examinadas. Não se adotará, aqui, a concepção pura de qualquer autor a esse respeito. Sem incorrer no vício de tentar somar parcelas de perspectivas doutrinárias sistematicamente inconciliáveis, o que se busca é indicar criticamente possibilidades que defluem de diferentes visões sobre ponderação e proporcionalidade, sem adotar necessariamente alguma delas como um suposto

⁴⁴⁶ Trata-se, aqui, de definição de princípio que se aproxima do conceito de Robert Alexy, que define o princípio como um “mandado de otimização”, ou uma ordem de maximização (embora não se esteja a subscrever a integralidade do método do autor). ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

“lugar da verdade”.

O que se observará, ao contrário, é a insuficiência das teses – ao menos tomadas em sua pureza conceitual - para dar conta das necessidades que emergem do conflito entre perfis da liberdade na dimensão funcional sobre a qual se está a versar.

Ponto comum entre essas teorias reside no fato de que se situam no âmbito de um denominado pós-positivismo, e contém a pretensão de resgate de uma razão prática⁴⁴⁷. Eis o critério que delimita a escolha das teorias que serão problematizadas.

Nesse escopo, pode-se principiar pelo exame das possibilidades de solução de conflitos entre perfis de liberdade a ser levada a efeito pelo legislador. Uma dificuldade emerge desde logo quando se trata deste tema: inevitavelmente a opção legislativa fará a escolha (ou, quando possível, a composição de liberdades) mediante a construção hipotética de uma regra, pensada *aprioristicamente*.

Sem embargo disso, é inevitável a definição pelo legislador democrático de alguns parâmetros mínimos que evitem uma excessiva discricionariedade judicial – o que poderia extrapolar os limites de sua legitimidade democrática – ou, mesmo, um déficit de proteção quando a postura jurisdicional, o inverso, estiver aquém de suas funções constitucionais.

A opção legislativa, contudo, também não é discricionária: da mesma forma, quando se trata de opções legislativas que definem a preponderância de um ou de outro perfil de liberdade restringindo outro pode vir à tona, inicialmente, a referência ao denominado princípio da proporcionalidade.

Carlos Bernal Pulido assim define o princípio da proporcionalidade:

Nas alusões mais representativas, o princípio da proporcionalidade aparece como um conjunto articulado de três

⁴⁴⁷ Ou seja, como superação da razão teórica formal que colonizou o direito, da pretensão metodológica de neutralidade, de modelos puros pautados em regras e subsunção, bem como à admissibilidade de lógicas estritamente voluntaristas de interpretação. A respeito dos temas, vide, à guisa de exemplos: PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. Ciudad del Mexico: Fontamara, 1999; DUARTE, Ecio Ramos. **Teoria do Discurso e correção normativa do Direito**. São Paulo: Landy, 2003, 31 e ss; CARBONELL, Miguel. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

subprincípios: adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cada um desses subprincípios expressa uma exigência que toda intervenção nos direitos fundamentais deve cumprir. Tais exigências podem ser articuladas da seguinte maneira:

1. *Segundo o princípio da adequação (idoneidade), toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.*

2. *De acordo com o subprincípio da necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito que sofre a intervenção, entre todas aquelas que se revestem pelo menos da mesma idoneidade para contribuir em alcançar o objetivo proposto.*

Por fim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção nos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito que sofre intervenção. Em outros termos, as vantagens que se obtêm mediante a intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral.⁴⁴⁸

Como se observa, trata-se de limite a ser levado em consideração pelo legislador (bem como pelo julgador, em sede de controle de constitucionalidade) para definir os limites de intervenção em direitos fundamentais.

Ocorre que no problema que aqui se coloca, está-se diante da restrição a um dado perfil de um direito fundamental (liberdade) para realizar outro perfil do mesmo direito fundamental (ou, pelo menos, está-se a restringir um direito fundamental de liberdade em face da necessidade de realização de outro direito fundamental de liberdade).

Isso, todavia, embora possa parecer *prima facie* um problema, a rigor, não parece obstar a aplicação do princípio, uma vez que a restrição de um perfil de liberdade visando à maximização de outro pode ser considerado como adequada, atendendo ao primeiro subprincípio, por se tratar de um fim constitucionalmente legítimo. Quando o legislador restringe a liberdade formal das partes em uma relação contratual para incrementar a liberdade substancial do contratante presumivelmente mais vulnerável, como, por exemplo, em uma relação de consumo, está a realizar intervenção que atende a objetivo constitucional legítimo, e portanto,

⁴⁴⁸ PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de la Proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 35-36 (traduzimos).

atende ao requisito da adequação.

A questão atinente à necessidade, que se reporta à intervenção mais benigna, deve ser observada conforme a situação que se pretenda normatizar. Não se pode deixar de ter em conta, porém, que como se está a tratar de restrição a um direito fundamental de liberdade para realizar outro, a relação de necessidade é recíproca: sem a restrição a um perfil da liberdade pode-se não realizar outro – restringindo-o, portanto.

A enunciação do princípio da proporcionalidade como definida acima, todavia, é pensada em termos de liberdade negativa, ou seja, em termos de admissibilidade ou não de ampliação do espaço de coerção – como, aliás, é a compreensão mais corrente na doutrina constitucionalista a respeito da liberdade dos privados, como se observará mais adiante quando se fizer referência aos pensamentos de Alexy e de Habermas.

Com efeito, os direitos fundamentais a que se refere Pulido são, sobretudo, as liberdades que se impõem em face do Estado, visando a proporcionalidade a limitar a intervenção estatal no âmbito desses direitos. Por isso, eventual aplicação dos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade não pode ser pensada na relação entre os diversos perfis das liberdades dos privados sem a devida problematização de seu cabimento ou não diante do objeto sobre o qual se está versando.

O terceiro subprincípio, porém, parece trazer possibilidades mais auspiciosas, sobretudo pela sua maior abertura tanto à prática legislativa quanto àquela jurisdicional (extrapolando, quanto a esta última, a seara do controle de constitucionalidade e avançando na possibilidade de aplicação direta da função como liberdade(s)): trata-se da proporcionalidade em sentido estrito, que remete ao método da ponderação⁴⁴⁹.

Isso não significa que os dois primeiros princípios não devam ser levados em consideração como critérios de restrição à(s) liberdade(s), mas a questão atinente à justificação da restrição de uma ou de outra liberdade enseja uma relação de pertinência recíproca, que, a rigor, pode não trazer solução adequada ao conflito de liberdades (fazendo, nessa medida, mais sentido quando se tratar de restrição de

⁴⁴⁹ Nesse sentido, ainda que implicitamente, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 238.

liberdade(s) por interesses outros – sobretudo coletivos, na lógica de sua formulação original – que não se confundam com a liberdade ou com outros direitos fundamentais). Observe-se, apenas à guisa de exemplo, que um conflito entre a liberdade substancial de um contratante economicamente mais fraco e a autonomia privada (como liberdade formal e positiva) de um contratante mais forte pode justificar tanto a restrição da liberdade substancial do primeiro em homenagem ao valor constitucional da liberdade formal e positiva quanto a restrição destas últimas em função da primeira, também dotada de valor constitucional. O critério da idoneidade se revela, aí, via de mão-dupla.

O mesmo se diga sobre a necessidade: uma restrição à liberdade substancial, por exemplo, deve ser apenas a necessária para preservar as liberdades formal e material do contratante economicamente mais forte e, ao mesmo tempo, a restrição a estas últimas deveria ser apenas a necessária para preservar ou incrementar a liberdade material do contratante mais fraco. Também esse critério acaba implicando uma pertinência recíproca que, a rigor, pouco auxilia a opção atinente ao grau de restrição a ser obtido.

Quando se trata dessa última etapa, pertinente a uma ponderação em sentido estrito das liberdades, é possível, efetivamente, colocar em destaque o problema da colisão em sua plenitude, aferindo se o grau de sacrifício recíproco eventual de cada uma das liberdades se justifica pela relevância da outra no caso concreto ou na hipótese formulada pelo legislador para levar a efeito a opção legislativa.

Assim, quando se cogita, por exemplo, da fundamentação possível, em termos de liberdade, da regra do inciso 101, I do CDC⁴⁵⁰ que não admite a prevalência compulsória de cláusula eleição de foro quanto diverso do domicílio do consumidor, ou a norma do artigo 51, VII do CDC⁴⁵¹ que proíbe a definição de cláusula de arbitragem compulsória no que tange a questões consumeristas, faz o

⁴⁵⁰ “Art. 101 – Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I – a ação poderá ser proposta no domicílio do autor”. Trata-se de norma cujo sentido corrobora o disposto no artigo 6º, VIII do mesmo CDC: “6º- São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

⁴⁵¹ “Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

legislador ponderação que restringe o espaço de liberdade negativa (pois cria proibição) e a liberdade positiva (como autoregulamentação) em homenagem à preservação da liberdade substancial do consumidor, presumido pela lei – em atendimento da dicção do inciso V do artigo 170 da Constituição da República⁴⁵² - como mais vulnerável, está a realizar um juízo de ponderação.

A questão acima, pode, efetivamente, ser posta em termos de liberdade substancial: o foro de eleição ou a cláusula arbitral podem restringir concretamente as possibilidades de defesa dos direitos do consumidor, que, assim, pode ver eliminada a liberdade efetiva entre optar pela busca da jurisdição ou manter-se inerte ante a violação de seu direito. Com efeito, a busca pela satisfação forçada de um direito nesse âmbito não pode ser vista como um dever da parte, mas uma opção formalmente assegurada que poderia ser aniquilada em termos materiais conforme a prevalência ou não do foro de eleição ou da cláusula arbitral.

Questão semelhante pode emergir quando se cogita da proteção legislativa oferecida aos possuidores que atendem aos requisitos do parágrafo 4º do artigo 1228 do Código Civil⁴⁵³. A garantia de manutenção da posse mesmo em face do proprietário reivindicante por parte daqueles que, além do cumprimento do prazo previsto no dispositivo legal, realizar “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” pode ser compreendida, a rigor, como a proteção da posse daqueles que exercem o pertencimento de modo a ampliar seu espaço de liberdade substancial (o que pode ser critério adequado de análise da “relevância” das “obras e serviços” a que a lei se refere, como será explicitado mais adiante), Essa proteção à posse se faz, a rigor, a despeito da autonomia privada do proprietário não possuidor que opta pelo não uso ou pela não fruição do bem ao longo daquele período. Restringe o legislador essa autonomia para cancelar o incremento de liberdade substancial dos possuidores.

Tais opções legislativas podem ser fundamentadas em termos de função

⁴⁵² “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor.”

⁴⁵³ “Art. 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possuiu ou detenha. (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

como liberdade(s), por meio da ponderação entre liberdades.

Emerge daí a dúvida se essa ponderação pode ser realizada pelo juiz, no âmbito de relações interprivadas. A questão é pertinente, pois se está a tratar, como exposto, de direitos fundamentais, sendo controversa a possibilidade de eficácia desses direitos nas relações interprivadas⁴⁵⁴, mormente quando se trata de eficácia direta.

De qualquer sorte, admitindo-se a possibilidade de eficácia direta⁴⁵⁵, seja

⁴⁵⁴ A respeito do tema, revelando a extensão da polêmica: CANNARIS, Wilhelm. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 66 (defendendo uma eficácia mediada pela legislação infraconstitucional); HESSE, Konrad. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 47 (somente as leis de direito privado se sujeitam à eficácia direta dos direitos fundamentais, o que não ocorre com os sujeitos de direito privado, sendo que os direitos fundamentais, nessa senda, somente desenvolvem seus efeitos por meio dos “imperativos de tutela” impostos à jurisdição); MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70 (que subscreve a tese dos deveres estatais de proteção – e, portanto, a rigor, uma eficácia quando muito, indireta – sobretudo na aplicação jurisdicional das cláusulas gerais do Código Civil de 2002); SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 408 (preconizando eficácia direta *prima facie*); SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 2ª. Ed. 2006, p. 288, por uma eficácia direta que tem parâmetros próprios por se tratar de relações interprivadas, e com “redobrada cautela” quando se trata de direitos sociais (em sentido semelhante BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 260); STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004 (que admite eficácia direta quando não há regra infraconstitucional a respeito da matéria); TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. (sustentando a tese de que a eficácia é sempre direta, uma vez que nunca seria aplicada uma norma infraconstitucional isoladamente, mas, sim, todo o ordenamento unitário, o que implica no reconhecimento da aplicação simultânea e direta da norma infraconstitucional e do princípio jusfundamental). Para um interessante panorama de explicitação sumária das diversas doutrinas, UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-339.

⁴⁵⁵ Dentre as teses mais recentes contra a eficácia direta, destaca-se a doutrina de Jorge Reis Novais. O autor rechaça a eficácia direta sustentando que, sendo os direitos fundamentais “trunfos contra a maioria”, não poderia um particular impor ao outro os mesmos trunfos de que este é também titular. Admite, quando muito, na ausência de regra formulada pelo legislador infraconstitucional que implique uma “desproteção intolerável do direito fundamental”, a integração jurisdicional por meio dos deveres de proteção, evitando, assim, a ofensa à proibição de déficit na realização do direito fundamental (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 109). Sempre, porém, como se vê, a relação é entre indivíduo titular do direito e o Estado que detém o dever de proteção, e não uma relação entre particulares propriamente dita. Após desenvolver argumentação que pretende revelar contradição insolúvel entre posições jusfundamentais opostas dos titulares dos “trunfos” – que, propositalmente, sequer cogita do sopesamento ou da ponderação entre essas posições jusfundamentais, quase as absolutizando (op. cit., p. 110-111) – chega Novais ao seu argumento central, que desemboca na afirmação de que a eficácia direta poderia implicar uma “verdadeira inversão do sentido dos direitos fundamentais, ou seja, à instrumentalização dos direitos fundamentais contra a liberdade”. Ocorre que, se a questão é posta em termos de conflito de liberdades ou de perfis da liberdade, parece difícil sustentar esse argumento, pois a restrição ou mesmo a desconsideração de uma liberdade viria em

como regra ou como exceção, ao menos, de atividade jurisdicional no exercício dos deveres de proteção, a ponderação a ser realizada pelo juiz encontra espaço para ser levada a efeito.

O que é possível definir, porém, como ponderação, é também passível de controvérsia, seja pelas diferenças cruciais no que se refere à admissibilidade ou não da distinção entre espécies de normas⁴⁵⁶ – e, dentre elas, de quais seriam passíveis de ponderação –; dos critérios para distinguir essas normas ou, ainda, na própria viabilidade, mesmo tratando-se de princípios, dos métodos de ponderação. A esse respeito, serão examinadas sumariamente as doutrinas de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.

Sem a pretensão de adoção integral de qualquer uma delas – nem, tampouco, de conformar uma improvável solução “ecclética” –, a análise vem com o escopo de problematizar as questões de método que podem se apresentar em eventual tentativa de operacionalização da função como liberdade(s) por meio de algum desses modelos explicativos. Esgota-se a pretensão, pois, na problematização, uma vez que a presente tese se circunscreve, como já exposto, a um plano de fundamentação, não pretendendo a construção definitiva de métodos

proveito de outra. Isso significa que restringir a liberdade de um indivíduo importaria o incremento ou a proteção de liberdade de outro; já a ausência de restrição da liberdade de um indivíduo, ao argumento da impossibilidade de imposição recíproca de direitos fundamentais entre particulares, poderia significar a aniquilação da liberdade do outro. O argumento contra a eficácia direta parece, nessa esteira, partir de um único vetor, que pressupõe uma impositividade *tout court* de um direito frente a outro sujeito, como se nessa aplicação direta fosse impossível levar a efeito a ponderação entre direitos.

⁴⁵⁶ Gustavo Tepedino, por exemplo, rechaça a distinção entre princípios e regras para efeito de aplicação, afirmando a necessidade de se superar o método da subsunção (que, à luz de boa parte da doutrina constitucionalista – Robert Alexy. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 e DWORKIN, Ronald. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, de modo especial - seria o método adequado à aplicação de regras). Há, entretanto, mesmo na doutrina publicista, vozes que admitem ponderação de regras, sustentando não ser possível definir a distinção entre regras e princípios com base no seu “modo final de aplicação”, além de não aceitar a distinção posta quando do conflito de normas apenas em termos mutuamente excludentes de subsunção ou ponderação (admitindo a possibilidade de ponderação de regras) (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35-55), que encontra eco também na doutrina do Direito Civil (como na sustenta Anderson Schreiber, no âmbito de sua lúcida e exemplar reflexão de sobre a responsabilidade civil no Direito contemporâneo - SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143). Em sentido contrário, criticando de modo específico a tese de Humberto Ávila, sob o argumento de que o autor confundiria o critério definir das regras e dos princípios chegando a falsas conclusões, SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Prof. Titular de Direito Constitucional da USP. São Paulo: 2005, p. 75.

ou critérios rígidos de aplicação da dimensão funcional que se busca fundamentar.

Nessa sentido, principie-se, pelo pensamento de Ronald Dworkin. O jusfilósofo norte-americano sustenta que a ponderação se dá por um processo de sopesamento de princípios⁴⁵⁷, que, a seu turno, de modo coerente com sua compreensão de Direito como integridade, impõe ao aplicador pensar o direito como pertinente a uma seara de moralidade objetiva, que impõe o tratamento de todos os cidadãos a partir de um critério que os reconheça como titulares de liberdades e de um direito de igual consideração. Para Dworkin, há, nesse sentido, uma necessária conjugação entre liberdade e igualdade.

Ao aplicar o Direito, deve o juiz proceder de modo a fazer valer esse princípio da integridade. Conforme explica Dworkin, haveria, na verdade, dois princípios da integridade: um destinado ao legislador e outro ao juiz. O primeiro diz respeito a pedir “aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”. O segundo “demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”⁴⁵⁸. Assim Dworkin afirma sua tese do “direito como integridade”, na qual sustenta que se deve buscar a interpretação do direito como um todo coerente, de modo a proteger a todos com igual consideração⁴⁵⁹, tendo em conta a inevitável vinculação entre os princípios que asseguram direitos e uma moral social, bem como buscando estabelecer uma ligação indissociável entre liberdade e igualdade.

Ao juiz, dessa forma, impõe-se a tarefa de reconstrução da ordem jurídica - construída, primeiramente, pelo legislador. Trata-se da figura contrafática do “juiz Hercules”, ao qual se impõe o conhecimento dos princípios e regras, bem como da

⁴⁵⁷ No plano dos princípios, identifica Dworkin aqueles que asseguram direitos individuais. Nada obstante também se refira a princípios que instituem direitos de caráter social ou “diretrizes políticas, afirma o autor uma primazia dos direitos individuais (morais) quando em colisão com outros princípios. Assim, a ordem moral imanente ao direito – e a ordem de valores nele encerrada – traz uma valorização a priori dos direitos individuais, que devem ser “levados a sério”. O juiz, ao aplicar o direito, deve levar em conta esse sentido de primazia, de modo a, ao decidir, não realizar a ponderação entre direitos morais e diretrizes políticas. (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 194.)

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213.

⁴⁵⁹ A garantia de igualdade no tratamento dos cidadãos como finalidade do sistema jurídico de Dworkin, fundado na noção de integridade, é argumento que, nesse aspecto específico, se aproxima do pensamento de Canaris. Afirma esse último autor que pensar o direito como sistema se justifica na necessidade de obter igualdade nas soluções que decorrem da interpretação das normas integrantes do sistema. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989).

moral cambiante que, de algum modo, informará o conteúdo dos princípios. Note-se que Dworkin reconhece uma ordem moral que emerge da sociedade, a qual se apresenta, todavia, como cambiante. Trata-se de uma concepção que compreende os princípios como vinculados a uma dimensão moral que decorreria de instituições políticas concretamente vigentes⁴⁶⁰. A teoria de Ronald Dworkin, como se vê, está fundada em um caráter claramente substancialista acerca do conteúdo dos princípios, o que é relativizado por Alexy e criticado por Habermas.

Apesar da dificuldade que pode emergir quando se cogita da apreensão dessa moral social pelo juiz - bem como da leitura que se pode vir a fazer dessa moral social, que poderia, não sem trair a concepção de Dworkin, importar na supressão ou, pelo menos, na arbitrária desconsideração jurídica de liberdades –, a compreensão do direito como integridade pode trazer interessantes subsídios no que tange à relação entre igualdade e liberdade. Trata-se de se cogitar de igual proteção de liberdade(s), que não parece incompatível com a fundamentação funcional sustentada no presente trabalho, sendo possível, a partir daí, conceber uma justificativa adicional para a restrição a um dado perfil de liberdade em razão da necessidade de incremento do outro, de modo coerente com o sentido de igual consideração devida a todas as pessoas. Além disso, há marcante ênfase da proteção da liberdade.

Nada obstante isso, o caráter plural da liberdade que a presente tese pressupõe não parece integrar em toda a sua extensão a concepção de Dworkin sobre a liberdade, o que pode revelar uma possibilidade apenas limitada de apreensão das teses do jusfilósofo norte-americano pela proposta do presente trabalho no sentido que aqui se atribui à função como liberdade(s).

Robert Alexy também carrega um conteúdo substancialista, ainda que menos pronunciado que em Dworkin, na definição do que denomina de ordem débil de valores, que, todavia, não se confunde com os princípios, que, afirma, pertencem à seara deontológica, ao passo que os valores pertencem ao plano axiológico.

A ponderação se realizaria entre princípios, definidos como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das

⁴⁶⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 237.

possibilidades jurídicas e reais existentes”⁴⁶¹.

Ao contrário da teoria de Dworkin, em Alexy não se parte de uma ordem de valores objetivamente aferível na sociedade, senão em uma ordem débil de valores, que pode ser empregada apenas *prima facie*.⁴⁶² O método em Alexy, ao contrário do que ocorre em Dworkin, recorre a uma fundamentação racional centrada na teoria da linguagem – embora ambos estejam situados no âmbito do que se pode denominar de um resgate da razão prática. Trata-se de oferecer um sentido dialógico na decisão de cada caso, em que se ressalta o caráter procedimental dessa teoria.

Aquele que profere um enunciado (pode-se dizer, aquele que decide) tem o ônus de fundamentar sua asserção. Trata-se de tese pressuposta por Alexy como pertinente aos atos de fala. Desse dever de fundamentação decorre a pretensão de correção (ou de verdade) do ato de fala⁴⁶³. A pretensão de correção diz respeito a aspecto de ordem moral a informar o próprio discurso.

Conforme Ecio Oto Ramos Duarte,

a inserção do elemento correção na configuração conceitual do direito canaliza a incorporação conceitual da moral ao direito de modo que os juízos e proposições normativas elaborados pelo raciocínio jurídico evidenciam uma pretensão de correção normativa inerente à normatividade (de correção moral) exercida pelos pressupostos que regem os atos de fala regulativos.⁴⁶⁴

Bem se vê que o sentido da moral em Alexy é diverso daquele presente em

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

⁴⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 157.

⁴⁶³ Enumera o autor as teses sobre o que as asserções (como atos de fala) pressupõem necessariamente: a) quem assevera algo eleva uma pretensão de verdade ou correção; b) “a pretensão de verdade ou correção implica uma pretensão de fundamentação”; c) “a pretensão de fundamentação implica um dever ‘prima facie’ de fundamentar o afirmado quando exigido”; d) “as pretensões de igualdades de direitos, não violências e universalidades se formulam com fundamentações”; e) “quem ao longo de sua vida não fez uma asserção nem nenhuma fundamentação não tomou parte da forma de vida humana mais elementar”. (Tradução nossa, a partir do espanhol). ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 77 a 83.

⁴⁶⁴ DUARTE, Ecio Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 148.

Dworkin. Não se trata de uma moral social aferida monologicamente por um “juiz Hercules”, mas uma moral que, baseada nas regras do discurso, que, como tal, é construída procedimentalmente, de modo, no entender de Alexy, a preservar o sentido plural das concepções de bem de todos os interessados. Alexy não despreza, todavia, como visto, uma ordem débil de valores, que se apresenta apenas *prima facie*, podendo, assim, ser superada pelos valores que emergem do procedimento dialógico. Essa ordem débil está relacionada, embora não se confunda, com a definição de pesos aos princípios, também como uma ordem débil.

Se Alexy traz como contribuição relevante a controlabilidade da decisão pela fundamentação racional levada a efeito a partir do pressuposto da pretensão de correção, a ponderação tal como por ele proposta, além de supor a viabilidade de aplicação de uma lógica de subsunção às regras, tem na definição (ainda que *prima facie*) matemática de pesos aos princípios um pressuposto de difícil sustentação. Isso se dá mormente pelo fato de que o método supõe pesos em abstrato, sem considerar que a própria configuração do conteúdo do princípio só se obtém por sua interpretação à luz do caso concreto. Se o mesmo princípio pode obter diferentes conteúdos conforme a hipótese a que ele se aplica, até mesmo a ordem débil de princípios proposta paralelamente à ordem débil de valores pode se mostrar arbitrária e presa a um excesso de abstração.

No tocante à pluralidade de perfis de liberdade aqui sustentada o problema se torna ainda mais grave, não sendo possível cogitar, sem alguma referência ao caso concreto ou, ao menos, a uma hipótese de caso concreto, a definição de uma ordem de precedência axiológica entre esses perfis – tentar formular essa ordem, ainda que em uma ordem débil, seria reintroduzir um sentido de abstração excessiva que não parece compatível com a proposta desta tese.

Deve-se ter em conta, porém, que beneplacitar exame de ponderação não implica, necessariamente, assumir incondicionalmente a concepção de Robert Alexy – nem, tampouco, de Dworkin, apesar do inequívoco refinamento e do interessante caráter aberto aos valores sociais e individuais que a doutrina deste último parece oferecer à compreensão do Direito.

Há, todavia, relevante concepção doutrinária que rechaça a própria ponderação como método, fazendo referência específica ao pensamento de Alexy:

trata-se da compreensão sustentada por Habermas.

Habermas principia sua crítica apontando que a ponderação parte de confusão entre a dimensão axiológica e a dimensão normativa. Enfatiza que o direito pertence à seara normativa e que, nessa medida, não pode pretender “colonizar o mundo da vida”.

Isso não significa que o direito, no pensamento do autor, não se abra para a faticidade. Mas isso se operaria por meio da deliberação democrática. A leitura habermasiana sobre o direito é primordialmente (ainda que não exclusivamente) procedimentalista. Se não despreza uma seara moral, de caráter substancial, é certo que esta se situaria no âmbito das regras do discurso, sobretudo na proteção da liberdade e da igualdade dos falantes.

Uma das preocupações centrais no pensamento de Habermas é, por sinal, identificação de uma vinculação interna entre autonomia pública e autonomia privada, que viria no âmbito de uma superação da tensão entre direitos fundamentais e democracia.

Pois bem: a preservação da democracia e da autonomia privada e a simultânea proteção dos direitos fundamentais pode ser compreendida a partir de um sentido procedimentalista, que permite afirmar que o Judiciário teria por função ser o guardião do processo deliberativo. A realização dos direitos fundamentais deveria, pois, ser pensada tomando-os como “condições fundamentais da interação comunicativa, viabilizadoras do processo democrático”.

É por isso que Habermas critica o ativismo judicial na realização de direitos fundamentais: o papel da jurisdição consistiria, aí, na garantia dos procedimentos democráticos. Ir além, buscando definir um conteúdo axiológico para essas normas à míngua de deliberação democrática nesse sentido – ou seja, à míngua de atividade legislativa – consistiria em um ativismo a ser combatido, ante seu déficit democrático. A atuação jurisdicional não poderia, pois, converter-se em “legislação concorrente”.

A ponderação – pensada ou a partir de uma ordem débil de valores (Alexy) ou de uma moral social objetiva (Dworkin) - traria o risco de decisionismos que seriam próprios do ativismo, com prejuízo às autonomias pública e privada, ofendendo o que Habermas entende ser função primordial da jurisdição – especificamente a

jurisdição constitucional – de caráter eminentemente procedimental.

Poder-se-ia pensar, nada obstante o rechaço, pelo autor, de qualquer noção que aproxime a Constituição de uma “tábua axiológica”, que essa lógica procedimentalista (que enxerga a finalidade do judiciário como pertinente ao dever de “proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”⁴⁶⁵) poderia ser adequada como postura metodológica para se pensar em função como liberdade(s). Não é, porém, o que emerge de uma análise mais atenta.

Uma primeira dificuldade reside no fato de que Habermas pensa a autonomia privada nos mesmos termos do liberalismo por ele criticado: como liberdade negativa. A seguinte passagem da crítica de Habermas ao Estado Social e sua pretensão frente à liberdade bem revela o que se está a sustentar:

A welfare-state with such overwhelming provisions, however, almost inevitably tends to impose supposedly “normal” patterns of behavior on its clients. This normalizing pressure obviously runs the risk of impairing individual autonomy, precisely the autonomy it is supposed to promote by providing the factual preconditions for the equal opportunity to exercise negative freedom.⁴⁶⁶ (grifamos)

Trata-se de passagem reveladora do que Habermas entende como autonomia privada: não coerção, ou seja, liberdade negativa.

É certo, todavia, que Habermas, no mesmo texto, quando passa de uma pretensão descritiva para uma pretensão propositiva sustenta uma conexão interna entre as autonomias pública e privada.

Em “A Era das Transições” Habermas explica que:

O que foi dito acima parece sugerir que a razão prática tem sua sede exclusiva no exercício da autonomia política, que permite aos destinatários do direito entender-se, ao mesmo tempo, como seus autores. De fato, porém, a razão prática se realiza tanto na figura da autonomia privada quanto da pública, pois ambas constituem, de um lado, fins em si mesmas. Porém, de outro lado, uma é meio para a

⁴⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. In: **Habermas on Law and Democracy**: Critical Exchanges. Michel Rosenfels e Andrew Arato (editores). Berkeley: University of California Press. p. 17

⁴⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law, p. 17.

outra. A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os 'cidadãos da sociedade' cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos 'cidadãos da sociedade', assegurada, pode capacitar os 'cidadãos do Estado' a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.⁴⁶⁷

Nada disso, porém, elimina o problema fundamental: a liberdade dos privados não se limita a uma liberdade negativa, conceito que está na base do que Habermas denomina de autonomia privada.

O balanceamento de autonomias antes referido não deixa de ser excludente (ou, ao menos, não contempla de modo expresso e inequívoco) da liberdade positiva no espaço privado. Isso pode constituir óbice à realização de outras liberdades que dependam de atuação jurisdicional mesmo à míngua de lei infraconstitucional que trate da matéria. É que o pensamento de Habermas, nessa pretensão de balanceamento, acaba por definir uma contenção da atividade jurisdicional que, embora necessária para evitar déficits democráticos, pode, em uma visão reducionista da liberdade dos privados, gerar déficit de liberdade (sob o argumento de balanceamento de autonomias e garantia da legitimidade democrática das decisões).

Mas a liberdade dos privados, em um dado perfil, pode depender da coerção que restringe outro perfil de liberdade privada. E essa constatação não se coloca apenas em termos de autonomia como não coerção (restringir a autonomia de alguém pode impedir que este imponha coerção indevida sobre outro, o que preserva a liberdade deste): pode-se tratar de um conflito entre liberdade substancial e liberdade formal (autonomia privada em seu conceito liberal), ou de um conflito entre liberdade positiva e liberdade negativa.

Sem uma visão plural sobre a liberdade corre-se o risco de negar atuação jurisdicional exigível na proteção da liberdade individual sob o argumento de que se estaria a violar simultaneamente a autonomia pública (pois à míngua de legislação

⁴⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 173.

infraconstitucional) e a autonomia privada (porque amplia suposta coerção).

Ocorre que assegurar o pluralismo na esfera do privado não significa apenas permitir a igual participação na deliberação democrática, nem, tampouco, garantir espaço de não coerção, mas, também, a proteção e a chancela de “modos de vida” que diferem de concepções majoritárias. Ou seja, significa proteger liberdades positivas, que não se confundem com a autonomia nos termos postos por Habermas nas passagens acima citadas.

Nesse sentido, dada compreensão da concepção habermasiana permitiria sustentar que os próprios limites e possibilidades da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais (aqui, de liberdades que estejam para além da autonomia privada) acabam por ser redefinidos: não poderia o juiz, sob pena de incorrer sua decisão em um déficit democrático, aplicar diretamente princípios sem a intervenção do legislador, salvo quando tais princípios se apresentarem como condições procedimentais da própria democracia.

Questões primordialmente privadas que não reclamam o público necessariamente sob a forma legiferante, mas, sim, como realização de direitos fundamentais (e liberdades) – como, por exemplo, a liberdade de constituir modelos de família diversos dos legislados e mesmo assim receber proteção jurídica – estariam submetidas a uma esfera pública de deliberação democrática, limitando severamente as possibilidades de atuação jurisdicional. É que a atuação jurisdicional não ampliaria “autonomia” como liberdade negativa, mas, sim, poderia restringi-la, ao reconhecer a normatividade que decorre da liberdade vivida, como liberdade positiva (ou seja, de definir os rumos da própria vida coexistencialmente).

Isso se deve ao fato de que a preocupação com a limitação dos poderes do juiz, se, efetivamente, é legítima no que tange à eliminação da discricionariedade, não pode se hipertrofiar de tal modo a conduzir a aplicação concreta de princípios – e, nessa medida, o incremento de liberdades – a um *status* de exceção.

A imposição ao juiz, em nome da democracia, de uma suposta “não-intervenção” quando se tratar de matérias que ainda não se submeteram a uma deliberação pública por meio da atividade legislativa e que não ampliam liberdade negativa (podendo impor coerção a um indivíduo em homenagem à liberdade positiva reciprocamente vivida) pode significar o menoscabo a outras expressões de

liberdade privada.

Se a deliberação democrática tem por condição procedimental a possibilidade de que todos realizem asserções – ou seja, que todos participem da seara de deliberação -, a ausência de deliberação democrática expressa na lei acerca de dada matéria pode constituir, na omissão, a aniquilação da liberdade de certos sujeitos privados. Isso se deve ao fato de que, sem a proteção jurídica de certas posições privadas constituídas à margem do direito legislado, a liberdade privada dos sujeitos inseridos nessas posições pode restar materialmente tolhida.

A deliberação democrática, caso posta nesses termos, pode se transformar de garantia do pluralismo em sua própria aniquilação em certas situações concretas.

Quando, por exemplo, na ausência de regra a oferecer eficácia jurídica a certas modalidades de família (famílias simultâneas, uniões homoafetivas, etc), se afirma a impossibilidade de atuação jurisdicional a reconhecer direitos subjetivos, está-se a afirmar que a opção por um dado modelo de família diverso daquele legislado democraticamente não propicia ao sujeito que realizou tal opção o gozo de direitos fundamentais (como a subsistência, expressa no direito a alimentos, o direito de herança, o direito à moradia – operacionalizado por meio do direito real de habitação -, o direito ao patrimônio mínimo personalíssimo – instrumentalizado mediante a figura do bem de família – entre outros exemplos possíveis).

Um moderado ativismo judicial no direito privado, quando vinculado à satisfação de direitos fundamentais que importem em incremento de liberdades, ainda que sem a mediação da legislação infraconstitucional, não se apresentaria como *vera e propria* restrição de liberdades – restrição esta que, a seu turno, muitas vezes acaba sendo operada pela lei, seja quando tolhe a satisfação de direitos, seja quando seu silêncio eloqüente quer significar negação.

Ainda que se pudesse identificar em Habermas um sentido diverso para a autonomia privada, que compreendesse o que aqui se denomina de liberdade positiva e de liberdade como efetividade (que não parecem, todavia, de fácil apreensão por uma lógica procedimentalista estrita), ainda assim a compatibilidade de sua concepção como método de realização, incremento e proteção de liberdade(s) seria de difícil sustentação nos termos propostos especificamente nesta tese, sobretudo quando se tratar de conflito de perfis de liberdade.

A rigor, fazer a opção por um outro perfil é apreender valores no momento decisório, o que parece entrar em conflito com o procedimentalismo proposto pelo filósofo alemão. Note-se que a alternativa proposta por Habermas ao sentido axiológico de que se reveste a ponderação consiste seria a aplicação de princípios consistiria em escolher a norma mais adequada para a situação levando em conta todos os pontos de vista relevantes.

Nas palavras do autor:

(...) A tarefa consiste em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se acomoda melhor à situação de aplicação, descrita da forma mais exhaustiva possível desde todos os pontos de vista relevantes. Entre a norma aplicável ao caso e as normas que – sem prejuízo de continuarem sendo válidas – passam a um segundo plano, deve-se poder estabelecer uma relação dotada de sentido; de modo que não se veja afetada a coerência do sistema jurídico em conjunto. As normas aplicáveis ao caso e as normas que, mesmo sendo candidatas a isso, não são de aplicação ao caso de que se esteja a tratar, não se comportam entre si como valores em conflito que, como mandados de otimização, deveriam ser cumpridos em medida diversa caso a caso, mas, sim, como normas adequadas ou inadequadas. E adequação significa, aqui, validade de um juízo singular deduzido a partir de uma norma válida, que é o que ‘satura’ a norma correspondente.⁴⁶⁸

A questão reside em saber onde, senão em um plano axiológico, deve-se buscar o critério de escolha do princípio – ou, no caso desta tese, do perfil de liberdade -, ou seja, qual é o critério que determina o que se deve entender como “acomodar-se melhor à situação” “desde todos os pontos de vista relevantes”. Pode ser difícil pensar em tal critério sem o recurso a uma dimensão axiológica – que pode emergir do próprio caso concreto ou residir em um conteúdo substancial da Constituição.

De tudo o que se expôs neste tópico, pode-se perceber que as teorias pós-positivistas construídas pelo direito constitucional podem trazer interessantes subsídios para a reflexão sobre o método, mas nenhuma dá conta de oferecer uma solução que seja efetivamente compatível com o perfil contemporâneo da relação entre Constituição e relações interprivadas, como demandado pela doutrina civilista.

⁴⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validade**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2008, p. 333-334. (tradução nossa)

Não se pode deixar de notar, ainda, que tais doutrinas criticam o positivismo (como o de Hart⁴⁶⁹ e Kelsen) pelas suas possibilidades decisionistas, mas algumas delas estão aprisionadas a um normativismo legalista⁴⁷⁰ de tal grau, que, não raro, não compreende espaços de abertura para a “força normativa dos fatos”⁴⁷¹ que se situe fora do *inputs* legislativos. Não deixa de ser um constitucionalismo que, em certa medida, também seria merecedor de crítica equivalente à formulada por Paolo Grossi a respeito do denominado “absolutismo jurídico”⁴⁷², ainda que situada em um paradigma diverso.

Portanto, embora as noções de ponderação e proporcionalidade sejam de evidente relevância e pareçam efetivamente aplicáveis, a construção de um método de solução para a colisão entre perfis conflitantes de liberdade é mister que permaneça em aberto, extrapolando, como exposto, os objetivos da presente tese.

Isso não elimina, porém, a viabilidade de identificação no Direito Civil contemporâneo de opções legislativas, construções jurisprudenciais e propostas doutrinárias que podem ser adequadamente compreendidas a partir de uma

⁴⁶⁹ Hart afirma que nos denominados casos difíceis, em que o direito positivo se apresenta não regulado ou incompleto, o juiz exerceria um poder discricionário, criando direito (HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Caolouste Gulbenkian, 1994, p. 335). Trata-se do ponto central criticado, que rechaça essa suposta discricionariedade ao afirmar que os juízes decidem com base em princípios, que devem ser “levados a sério”, a partir de uma noção de direito como integridade, que contempla tanto o modo como os juízes decidiram no passado quanto uma moral social cambiante (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271). Kelsen, a seu turno, identifica na norma jurídica uma moldura na qual, ainda que de modo limitado, o juiz tem uma “função relativamente livre”, de modo que ao preencher tal moldura ele exerce uma ato de vontade, ou, nas palavras do autor, “uma função voluntária”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393).

⁴⁷⁰ Como exemplo do que se está a dizer, pode-se citar a doutrina de John Hart Ely, que preconiza um minimalismo judicial que impõe ao juiz a decisão mais próxima possível dos limites textuais da norma positivada, sendo possível ir além, admitindo uma interpretação que recolha preceitos não expressos ou estenda a interpretação da norma apenas quando se verificar déficit de funcionamento das instituições e procedimentos democráticos – do que pode, criticamente, emergir o questionamento a respeito de a quem ou a que instituição cabe a aferição desse eventual déficit. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. London: Harvard University Press, 1980. p. 181-183.

⁴⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴⁷² Por absolutismo jurídico em Paolo Grossi entende-se, sobretudo, o monismo jurídico instituído pelas codificações oitocentistas, que transformam a lei estatal em fonte por excelência do direito privado. (GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126-127). Ainda que as realidades das codificações oitocentistas e das constituições dos séculos XX e XXI se coloquem em searas diversas (e as doutrinas correspondentes, quiçá, em paradigmas diversos), no discurso constitucionalista contemporâneo não raro a pretensão de legitimidade democrática acaba por se confundir com um excessivo apreço ao papel do legislador em detrimento da atribuição de sentido demandada pelos casos concretos.

fundamentação centrada na função como liberdade(s).

É que a opção por um ou outro método de aplicação – ou a construção de um método – está situada na definição das possibilidades da tese no que diz respeito aos seus efeitos, ou seja, das consequências que podem emergir dessa concepção funcional e quais os limites dessas consequências.

Conforme o método – e conforme o modo de compreender a produção e a aplicação da norma jurídica – essas consequências podem ser mais amplas ou mais restritas, ou, ainda, pode haver uma maior eficácia de um ou de outro perfil de liberdade.

Nada disso invalida, porém, a cogitação da função como liberdade(s) como integrante de uma fundamentação possível para o Direito Civil contemporâneo, seja no que tange ao direito positivo tal como posto, suas possibilidades interpretativas e seu desenvolvimento doutrinário.

Ou seja: se não é possível definir um delineamento com pretensões de rigidez no que diz respeito àquilo a que a fundamentação proposta pode ensejar em termos de consequências, pode ser possível pensar em termos de resignificação de perfis hoje existentes e de cogitações a respeito de novas configurações sustentáveis à luz dessa fundamentação – sem que isso signifique afirmar, *tout court*, que essas novas configurações são compatíveis com qualquer compreensão sobre a norma jurídica e seus métodos de aplicação/concretização.

É nesse sentido que se desenvolverão os capítulos seguintes, por meio da análise exemplificativa de aspectos relevantes na propriedade, no contrato e na família que podem ajudar a compreender as possibilidades de fundamentação que podem emergir da dimensão funcional formulada neste trabalho.

2 LIBERDADE, PROPRIEDADE E FUNÇÃO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Este capítulo enfrentará a questão atinente à aparente tensão entre liberdade e função social (e que historicamente é, de fato, construída em relação de contraposição), e de como a função como liberdade(s) pode servir de fundamento à parcial eliminação dessa tensão: trata-se de afirmar ser a função como liberdade(s) um fundamento apto a servir de base à compreensão contemporânea acerca da função social da propriedade.

A eliminação, cabe reconhecer, é apenas parcial – e, em um pensamento que se pretende dialético, não se poderia cogitar de ausência de conflito. A própria compreensão atinente à função como liberdade(s) reconhece a tensão como intrínseca ao conceito, uma vez que contempla perfis múltiplos de liberdade que, podem ser, efetivamente, contraditórios. O que não elimina a possibilidade de, na colisão entre perfis, identificar ponderações possíveis, que tragam a prevalência de um ou de outro perfil a determinar o sentido funcional que a liberdade adquirirá.

De modo coerente com esse escopo, serão apontados inicialmente, a distinção entre função social e função como liberdade(s), bem como os possíveis pontos de intersecção que podem permitir, no desenvolvimento da pesquisa e da reflexão, a conclusão de que a primeira pode servir como um dos fundamentos para a segunda.

O segundo passo, que integra as mediações necessárias à análise que aqui se propõe, será o exame do debate entre propriedade como função social e propriedade limitada por uma função social – e de como a doutrina contemporânea superou essa compreensão dicotômica e mecanicista. É na senda dessa superação doutrinária que a inserção da noção de função como liberdade(s) passa a fazer sentido na análise da função social da propriedade.

Trata-se de reconhecer que nem a função social seria mero limite externo – uma vez que sequer pode ser reputado como limite propriamente dito, haja vista o fato que o conceito de função impõe, sim, prestações a serem levadas a efeito, e não meramente balizamentos ao exercício de um direito – nem se confunde com o próprio direito: é a função social elemento que integra o perfil dogmático da propriedade (assim como do contrato), sem, todavia, esgotá-lo. A função integra o

direito de propriedade, mas com ele não se confunde nem, tampouco, significa a sua eliminação.

É na esteira dessa compreensão que será examinado o perfil dogmático da função social da propriedade no Direito brasileiro, de modo a permitir uma compreensão acerca do potencial da concepção de função como liberdade(s) para fundamentar e redefinir, ainda que em parte, o sentido da função social da propriedade urbana e rural – o que inclui as demais formas de pertencimento atinentes a esses bens.

2.1 DA AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ABSOLUTA ENTRE “FUNÇÃO SOCIAL” E “FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S)” E DAS POSSIBILIDADES DESTA ÚLTIMA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA PRIMEIRA

O complexo conteúdo de que se reveste a função social da propriedade não permite apontar uma identidade entre função social e função como liberdade(s).

Conforme reiteradamente enfatizado ao longo deste trabalho, a função como liberdade(s) não esgota a dimensão funcional de que podem se revestir os institutos jurídicos, mas, sim, pode ser pensada como um dos seus fundamentos.

É daí que se pode compreender que, seja pela existência de previsão constitucional expressa, seja porque no âmbito de uma compreensão sobre a sociedade como um conjunto complexo de vínculos intersubjetivos – que não se confunde com a mera soma de indivíduos -, não se pode descartar a relevância de uma dimensão funcional que contemple um sentido de coletividade.

Não se trata de afirmar uma dogmática prevalência do coletivo sobre o individual – até porque se trata de compreensão que se pauta em dicotomia artificial. Também não se trata de afirmar um coletivo unidimensional, que permita a afirmação peremptória acerca de qual seria “O” interesse coletivo por excelência – o que abriria espaço tanto para decisionismos quanto para interpretações de caráter tendencialmente totalizante.

Mas não há dúvida de que há repercussões que podem defluir do pertencimento (em qualquer de suas formas, seja como propriedade, posse ou direitos reais sobre coisa alheia) que dizem respeito tanto a relevantes parcelas

dessa sociedade “em rede” como, até mesmo, de modo difuso, a toda a “rede”, na dimensão mais ampla que ela pode ser concebida – como se observa, por exemplo, quando se trata das repercussões ambientais.

O certo, porém, é que quando se aventa dessa repercussão coletiva não se está a falar de um coletivo abstrato, mas, sim, de repercussões concretas sobre coletivos mais ou menos amplos que são, porém, mesmo no que se refere aos interesses difusos, claramente identificáveis.

Tudo isso é revelador da inevitabilidade da bem-vinda superação que a função social enseja em relação à lógica individualista que marcava o pertencimento no modelo de propriedade moderna.

O que não significa, porém, que a função social não diga respeito, também, ao interesse de indivíduos determinados ou, ao menos, determináveis. A previsão constitucional acerca do respeito a leis trabalhistas ao bem estar de trabalhadores e proprietários (CR 88, art. 186, incisos III e IV) está claramente vinculado a interesses de indivíduos cuja determinabilidade em situações jurídicas específicas é evidente.

Mas esse sentido de determinabilidade também pode informar uma das leituras possíveis do aproveitamento racional e adequado (CR 88, inciso I do art. 186), para além de um sentido reducionista vinculado apenas à produtividade.

Nesses âmbitos é que pode emergir de modo relevante uma relação de fundamentação e de ressignificação parciais da função social pela noção de função como liberdade(s).

A função como liberdade(s) não se confunde com a função social da propriedade, mas há relevantes zonas de interseção entre elas, que permitem cogitar de uma função social parcialmente fundamentada pela função como liberdade(s). É essa a premissa que se pretende por à prova nesta seção.

Tem-se, aqui, a possibilidade de se sustentar que uma função jurídica do pertencimento, seja ele como propriedade, seja como outro direito real ou como posse, reside no incremento de liberdades substanciais, ou seja, de liberdade como efetividade. E que essa dimensão funcional pode servir como fundamento para a restrição do perfil formal da liberdade na propriedade, que marcava o seu caráter absoluto ao início do século XIX.

Além disso, pretende-se refletir sobre como essa dimensão funcional centrada na liberdade por se entrelaçar ao conceito de função social, promovendo mudança parcial do seu significado e, sobretudo, de seus fundamentos.

Sem desconsiderar que há um sentido coletivo que não deve ser eliminado da função social, pode também dela emergir uma valorização do exercício concreto do pertencimento individual sobre algo, seja pelo proprietário, seja por um não proprietário que, mediante contrato, direito real limitado ou, mesmo, por um possuidor cuja posse não tenha advindo de qualquer dos títulos anteriormente mencionados.

Se a doutrina contemporânea não nega que essa função social contenha elementos pertinentes também ao bem-estar daqueles que estão por algum modo ligados diretamente ao bem, pode ser possível encontrar na liberdade um fundamento para essa concepção, que ampliaria sua relevância para além de uma leitura utilitarista da produtividade (no caso da propriedade rural) ou das meras limitações de direito urbanístico, por exemplo.

A partir das significações adquiridas historicamente pela função social, pode-se dizer que se o sentido do social como coletivo abstrato é próprio de um momento pretérito (nada obstante um coletivo como lugar, *v.g.*, do interesse difuso, como exposto – proteção ambiental, por exemplo – ainda faça sentido contemporaneamente), a qualificação de um social pertinente a comunidades concretamente definidas ou ao acesso a bens fundamentais (ainda que por indivíduos) pode ser, efetivamente, apta a propiciar a reflexão sobre essa função social que se entrelaça com a função como liberdade(s) – ainda que nela não se esgote.

Mais do que a respeito da propriedade em sentido estrito, está-se, como exposto, a fazer referência às diversas formas de pertencimento⁴⁷³. Todas elas se integram à lógica funcional aqui preconizada – e todas elas também possuem uma função social.

⁴⁷³ A doutrina civilista estende a função social, com acerto, à posse (a esse respeito, vide FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: Um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008) e aos direitos reais limitados (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 273).

A posse ocupa lugar privilegiado nessa interseção entre função social e função como liberdade(s). Isso se deve ao fato de que, se a propriedade como direito subjetivo tem na abstração sua característica mais marcante na Modernidade⁴⁷⁴, é construída modernamente como abstração, a posse está situada na seara da efetividade.

Mesmo tendo também natureza de direito⁴⁷⁵, a posse se revela como fato. A definição normativa de posse no direito brasileiro contempla expressamente esse sentido de efetividade, ao afirmar que ela é o exercício de fato “pleno ou não, dos poderes inerentes ao domínio” (CCB, art. 1196).

É na efetividade de seu exercício que a posse tem a aptidão para oferecer o incremento de liberdade(s) àquele que tem acesso ao seu gozo. E esse incremento de liberdade(s) pode servir como fundamento para uma possível tendência de relativa autonomização da posse frente à propriedade.

Cabe, a esse respeito, desenvolver a cogitação que se está a formular, bem como indicar alguns exemplos que sirvam de instrumento para esse desenvolvimento.

Uma vez que posse, ao contrário do que ocorre com o direito de propriedade moderno, é marcada pelo traço da efetividade, é no seu exercício que a utilidade dos bens aflora e se realiza em favor das pessoas que a eles têm acesso. Em outras palavras: a aptidão dos bens para a satisfação concreta de necessidades, sejam elas pertinentes, de modo imediato, à manutenção da subsistência, ou, ainda, à produção de novos bens que permitam a ampliação dos “funcionamentos”⁴⁷⁶ que alguém pode realizar, somente se materializa como realidade no exercício de posse.

O aproveitamento dessa aptidão para gerar ampliação do universo capacitatório dos possuidores e de terceiros que deles possam depender economicamente é dado que revela os contributos que a proteção jurídica da posse

⁴⁷⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

⁴⁷⁵ O caráter de direito da posse é reconhecido pela apreensão da doutrina de Ihering, e é ressaltado por autores dos mais diversos matizes teóricos. A esse respeito, vide: IHERING, Rudolf von, **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 85; FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988; DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da segurança jurídica à questão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴⁷⁶ Sobre a noção de “funcionamento” no sentido aqui empregado, vide título I, seção 1.5. Da mesma forma, o conceito de “capacidade” ou “universo capacitatório”, adiante empregado.

oferece em termos de exercício e, sobretudo, de ampliação de liberdade(s), como evidente destaque para a liberdade como efetividade.⁴⁷⁷

Já foi indicado anteriormente o exemplo do disposto no artigo 1.228, § 4º do Código Civil, como relevante para compreender a possibilidade de se pensar na relevância da posse como dotada de função em termos de liberdade(s). O referido dispositivo legal tem a seguinte redação:

Art, 1.228 – (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

O critério de aferição a ser empregado pelo juiz acerca da relevância social e econômica não pode ser arbitrário. Pautar-se em genéricas alusões ao comum a partir de juízos que levem em conta a exterioridade à posse exercida concretamente é conduta que conduz ao risco do decisionismo.

O critério deve ser, pois, concreto: deve o magistrado se perguntar se o exercício de posse ensejou ampliação do conjunto capacitatório – e, portanto, da liberdade substancial – ao menos dos possuidores e de seus familiares, no que tange ao incremento de “funcionamentos” básicos. A construção ou a reforma de moradias e a efetiva residência são exemplos de “obras e serviços” que asseguram aos possuidores um conjunto mínimo de funcionamentos essenciais, sendo isso facilmente aferível no caso concreto, sem a necessidade de reflexões que transcendam os limites de valoração que o princípio democrático impõe ao magistrado.

Isso quer dizer que não cabe ao juiz, na aplicação da referida norma, perscrutar eventuais efeitos mediatos que a posse enseja para a “coletividade” como totalidade abstrata, a não ser que tais efeitos sejam objetivamente aferíveis no caso

⁴⁷⁷ Teori Albino Zavascki chega a afirmar que, mais do que uma função da propriedade, pode-se falar em uma função social da posse. ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição Federal e no projeto do Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

concreto e, portanto, não se refiram a abstrações (como a concretude dos danos ambientais, por exemplo, que, conforme sua extensão, podem desqualificar a posse como apta a merecer especial proteção).

Remeter-se ao “interesse coletivo” como uma abstração pode se transformar em instrumento retórico de restrição excessiva à proteção à posse, pois alguém poderia supor que o simples exercício de moradia, ou de atividade comercial de pequeno porte, não seriam “relevantes” para atender ao interesse social previsto pela norma, esvaziando, a rigor, as suas finalidades.

Isso não significa, porém, que a função como liberdade(s) conflite com a função social da posse nessa matéria. Ao contrário, o que se propõe é que a própria função social seja lida a partir do fundamento de um conceito plural de liberdade, evitando seu esvaziamento e sua afirmação como simples proclamação retórica. Ou seja: é pensar a função social da posse, ao menos em parte, com base na efetividade da liberdade que a posse pode ensejar para pessoas concretas, e não para abstrações conceituais.

É nesse sentido que ao menos parcialmente a função social da posse pode ser compreendida a partir da função como liberdade(s).

Luiz Edson Fachin se refere à função social da posse como algo que, em seu fundamento, “revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”.

Prossegue Fachin, indicando um sentido para a posse que bem pode ser compreendido como integrante dos fundamentos sobre os quais está assentado o presente trabalho:

Antes e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva de utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser a encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21.

De fato, emerge a relevância da função social da posse ante o fato de que esta não pode mais ser vista como “guarda avançada da propriedade”. Ela tem prestações a realizar em favor dos que a exercem – e daqueles que, ainda que indiretamente, sofrem reflexos desse exercício – que podem independender da propriedade como direito. E a referência de tais prestações à(s) liberdade(s) tem possibilidades de indistigável relevância.

Aí se pode inferir uma relação de fundamentação possível da função social da posse pela função como liberdade(s): é aspecto relevante para a consecução da função social da posse a promoção da liberdade efetiva do possuidor e das pessoas que dele dependem economicamente. Essa posse que gera liberdade pode ser reputada como posse tendente ao cumprimento, também, de sua função social.

Daí a valoração especial que na ordem jurídica oferece à posse-trabalho na hipótese de usucapião constitucional (CR, art. 191).⁴⁷⁹ A norma constitucional destaca como requisito da espécie que o possuidor e a sua família devem ter tornado a área produtiva com seu trabalho e o de sua família.

A leitura sobre a produtividade que a lógica sistemática da ordem constitucional impõe – pertinente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária impõe – não se resume a uma aferição econômica: a produtividade não é um fim em si mesma, sendo, antes, um instrumento para a ampliação da liberdade substancial do possuidor e de seus familiares.

Essa conclusão é coerente com a exemplar lição de Luiz Edson Fachin, mais acima transcrita, a respeito do tema.

A extensão máxima da área a ser objeto de usucapião por esse fundamento (não superior a 50 ha) é reveladora de que a subsistência digna do possuidor e de sua família integra os fins da norma, muito mais do que a geração de riquezas destinadas a uma coletividade nacional. Em outras palavras, o possuidor qualifica sua posse à luz da valoração jurídica correspondente pelo fato de, ao exercê-la, ampliar seu conjunto capacitatório, incrementando, assim, a própria liberdade. Em

⁴⁷⁹ “Art. 191 – Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.” A norma é reprisada pelo artigo 1,239 do Código Civil.

suma: é a posse que gera contributos em termos de liberdade(s) que recebe a especial proteção constitucional à luz da norma em análise.

O mesmo ocorre no já mencionado artigo 1.228, § 4º do Código Civil, bem como nas situações em que o Código Civil admite a redução de prazos de usucapião ordinária e extraordinária em virtude de o bem imóvel ser utilizado para moradia ou para a consecução de obras, serviços, investimentos, de caráter “produtivo”, ou de “interesse social ou econômico relevante”.

Tanto a produtividade quanto os interesses social e econômico relevantes devem ser valorados a partir de parâmetros de concretude, vinculados à ampliação efetiva do conjunto capacitatório dos possuidores, das pessoas que deles dependem e, mesmo, de terceiros que recebam prestações decorrentes desse exercício de posse. A liberdade substancial pode ser, também aqui, compreendida como o contributo funcional apreendido e valorado pelo direito como apto a justificar a especial proteção dispensada à posse que tem as características antes descritas.

Também se identifica uma lógica semelhante na usucapião especial urbana, em que a moradia (funcionamento básico, que integra um conjunto capacitatório mínimo na aferição da extensão da liberdade substancial de uma pessoa) é contemplada como razão determinante da aquisição da propriedade por meio do exercício qualificado de posse. É considerar-se o acesso à terra como algo vinculado à liberdade, seja no ambiente rural ou urbano.⁴⁸⁰

Tudo isso é revelador de um dado adicional: o acesso a bens é um corolário da dimensão funcional centrada na liberdade. Não se trata de afirmar a garantia formal da propriedade frente ao poder estatal ou as resistências “feudais”, como na lógica própria dos séculos XVIII e XIX. Tampouco é esse pertencimento efetivo aqui destacado algo dotado de caráter absoluto. O pertencimento não é o fim, não é a prestação funcional pretendida, mas, sim, o meio: o acesso a bens promovido pela ordem jurídica (seja pela proteção da posse em sua crescente (embora relativa) autonomização frente à propriedade,⁴⁸¹ seja pela possibilidade de aquisição da

⁴⁸⁰ LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 108.

⁴⁸¹ Exemplar nesse sentido é a reflexão desenvolvida em TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **Propriedade e a Posse**: Um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Afirma o autor, em suas conclusões: “13) A posse com função social prevalece sobre a propriedade sem função social porque através da posse é viável a erradicação da pobreza e a

propriedade por usucapião em prazos mais exíguos ante a posse qualificada nos termos antes apontados) tem por função permitir o exercício e a ampliação de liberdade(s), sobretudo como liberdade substancial e positiva.

Também, no plano do acesso individual, destaque-se a possibilidade de que um argumento adicional a sustentar um patrimônio mínimo personalíssimo seja precisamente essa função de promoção de liberdade substancial que pode ser atribuída às titularidades⁴⁸².

De modo específico, está-se a versar sobre a abrangente tese sustentada por Luiz Edson Fachin, que, partindo de uma interpretação à luz da Constituição do artigo 548 do Código Civil (que veda a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda que assegure a subsistência do doador), constrói não apenas um sólido argumento para uma exceção de direito material que limita as possibilidades de pretensões executivas (evitando que se viole um patrimônio mínimo necessário à dignidade da pessoa humana), mas, sobretudo, edifica uma reconstrução da lógica do Direito Civil a respeito da relação entre pessoa e patrimônio.

Pautado na axiologia constitucional sobre o valor da pessoa humana, Fachin demonstra como se opera a superação do atomismo individualista sem a necessidade de se recorrer a abstrações coletivistas: parte da coexistencialidade para sustentar a recíproca responsabilidade dos indivíduos pela proteção da dignidade do outro.

Abarca, sob a égide de uma proteção da pessoa humana que se assegura pelo acesso a bens fundamentais e pela impossibilidade de que a satisfação de créditos importe a aniquilação de uma esfera patrimonial mínima a uma vida digna, medidas protetivas que outrora tinham sentido pontual (como a impenhorabilidade do bem de família) tem seu âmbito de atuação e suas possibilidades ampliadas,

eliminação das desigualdades sociais, atendendo aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. 14) A existência de posse autônoma com função social impede o acolhimento de medidas liminares ou antecipatórias em ação cuja pretensão do titular seja reaver ou manter-se na coisa. 15) A existência de posse autônoma com função social impede o julgamento de procedência do pedido em ação possessória, uma vez que não é possível instalar duas posses com função social sobre o mesmo objeto, salvo se posse derivada ou composses.” (p. 437). Essas conclusões vêm, diga-se, na mesma linha das lições de FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988 e TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da propriedade privada**. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

assegurando uma efetiva prevalência do existencial sobre o patrimonial.

Pode-se sustentar que a tese do patrimônio mínimo personalíssimo enquadra-se como um dos mais relevantes exemplos sobre como o tratamento jurídico do patrimônio pode encontrar uma fundamentação na função como liberdade(s).

Assegurar um mínimo existencial é, em outras palavras, garantir um conjunto de funcionamentos essenciais, que definem a capacidade individual e, por conseguinte, sua liberdade substancial. Proteger a pessoa por meio da garantia do patrimônio mínimo é assegurar a ela a manutenção e a ampliação de sua(s) liberdade(s), sobretudo como liberdade positiva e substancial.

Com sentido semelhante, a liberdade como efetividade pode emergir também no âmbito de comunidades concretas, ou seja, de grupos mais ou menos restritos que possuem identidade comum no que tange a modos diferenciados de vida – o que revela que nem todo coletivo é abstrato. Isso pode ser identificável no reconhecimento do acesso ao pertencimento por comunidades tradicionais, como, por exemplo, as denominadas quebradeiras de coco de babaçu⁴⁸³ no Maranhão ou os faxinais no Paraná.

Esse pertencimento pode se apresentar tanto sob a forma de propriedade coletiva, como sob a forma de posse que propicie fruição ou, quando menos, o uso de bens, próprios ou alheios. No caso das primeiras, especificamente, esse modo de fruição diz respeito à possibilidade de desenvolvimento de atividade extrativa de babaçu, dentro de dado território, mesmo tratando-se de áreas de propriedade privada. O acesso a bens – e à subsistência - realiza o sentido de ampliação de capacidades, integrante da noção de liberdade como efetividade. Além disso, deflui daí um forte sentido de liberdade positiva que se soma à liberdade vivida, que pode se dar no reconhecimento e na proteção de modos de vida que encaram a apropriação de modo diverso do modelo abstrato e individualista típico da Modernidade⁴⁸⁴.

Joaquim Shiraishi Neto traz reflexão que, embora formulada em outros

⁴⁸³ SHIRAISHI NETO, Joaquim. **O Direito das minorias: passagem do 'invisível' real para o 'visível' formal?**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais pela UFPR, 2004.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, não se olvide, a par do direito fundamental de liberdade, o sentido da norma constitucional que protege como patrimônio cultural brasileiro “os modos de criar, fazer e viver” (artigo 216, II da Constituição da República).

termos, pode corroborar o que se está a sustentar:

Trata-se de refletir sobre os instrumentos jurídicos disponíveis, no sentido de que possam ser tomados para a concretização dos Direitos. Devem ser formulados num plano em que se possa reconhecer os modos de “criar”, de “fazer” e de “viver” das quebradeiras. Em outras palavras, implica afirmar que os direitos devem ser resgatados das “práticas sociais”, nas quais se faz evidente uma forma particular de se relacionar com os recursos naturais e com a terra, que permite a composição de um território.⁴⁸⁵

A referência a “modos de vida” é elemento que parece bem se enquadrar no sentido que aqui se atribui à liberdade positiva.

Nada disso, porém, parece ser consistente se a função social for pensada simplesmente em termos de coesão social (solidariedade orgânica) – como na doutrina que sustenta a propriedade-função social – ou, então, de mero limite externo à propriedade (o que torna difícil pensar em prestações que possam dela decorrer, salvo um *non facere*).

É precisamente na lógica da superação tanto da propriedade-função social quanto da função social como limite externo da propriedade que se inserem as possibilidades de fundamentação e de ressignificação, ainda que parciais, da função social da propriedade, tais como acima explicitadas. Afigura-se relevante trilhar o caminho que conduz ao lugar de interseção aqui cogitado entre função social e função como liberdade(s).

Esse caminho doutrinário será objeto de análise a seguir.

2.2 DA PROPRIEDADE COMO FUNÇÃO SOCIAL E DA PROPRIEDADE DOTADA DE FUNÇÃO SOCIAL.

O debate doutrinário entre propriedade-função social e função social como limite externo, bastante relevante no século XX, parece superado na doutrina contemporânea. A compreensão da propriedade como um direito que contém, em

⁴⁸⁵ SHIRAISHI NETO, Joaquim. **O Direito das minorias: passagem do 'invisível' real para o 'visível' formal?**, p. 179.

sua estrutura (e, portanto, internamente) uma função social⁴⁸⁶ parece afastar tanto os argumentos esgrimidos por Duguit, em seu positivismo funcionalista, quanto de compreensões que confundem função com limite externamente imposto à propriedade (como se esta e a liberdade formal e negativa integrassem necessariamente um mesmo universo e merecessem igual tratamento, nos moldes concebidos no século XIX).

A análise dessa superação é um dos objetos desta seção, que também pretende problematizar o conteúdo dessa nova função social interna à propriedade – e, dessa maneira, ponderar em que medida a doutrina contemporânea oferece subsídios para que se possa pensar na interseção entre função social e função como liberdade(s) apontada na seção anterior.

Cabe, portanto, neste ponto, retomar a questão atinente à propriedade-função definida por Leon Duguit, bem como a sua superação pela concepção sobre uma propriedade que, nada obstante seja direito subjetivo, tem como intrínseca ao seu conceito uma função social.

Essa análise vem à lume como possível espaço em que a interseção entre função como liberdade(s) e função social pode ser identificada, reforçando o possível caráter de fundamento da primeira em relação à segunda. Será possível compreender como nem a propriedade-função social de Duguit nem a propriedade com função social externa e meramente limitativa consistiam espaços propícios para se cogitar de função como liberdade(s), e de como a noção contemporânea oferece relevante abertura a essa fundamentação (e, dialeticamente, de como essa fundamentação pode oferecer algo de novo às próprias potencialidades dessa propriedade dotada de função social inerente).

Já se examinou previamente a doutrina de Leon Duguit a respeito da função social. O que se pretende efetuar neste ponto é, de um lado, uma distinção entre a

⁴⁸⁶ Como sustentam BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del Diritto Privato moderno**. Napole: Jovene, 1987, p. 246; PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 940; PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene, 1970, p. 79; TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da propriedade privada*. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso proprietário e suas rupturas**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002; GONDINHO, André Osorio. *Função social da propriedade*. In: TEPDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 405; LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191.

propriedade-função social definida pelo autor e a noção de função como liberdade(s) proposta neste trabalho, bem como revelar a superação da concepção de Duguit pela doutrina contemporânea.

Adepto de um positivismo comtiano, Duguit sustenta uma teoria negativista do direito subjetivo, entendendo que o que há são funções a serem desempenhadas pelos indivíduos em prol da sociedade, sob o fundamento de uma solidariedade compreendida como coesão social⁴⁸⁷.

Assim, liberdade e propriedade seriam, ambas, funções sociais a serem desempenhadas pelos indivíduos em benefício da sociedade, como se fossem “funcionários”⁴⁸⁸ desse corpo social do qual fazem parte.

Conforme analisado previamente, a propriedade e a liberdade nada mais seriam do que algo que se atribui àqueles que devem fazer delas fontes de incremento da coesão social⁴⁸⁹, em uma compreensão de sociedade que transcende vínculos concretos, e que reside acima dos indivíduos.

Essa concepção radical de função social é criticável, entre outros aspectos, pelas seguintes razões a) não levar em consideração nem o caráter plural nem o inevitável sentido conflitivo de que se reveste e de que se constitui o social, supondo, como Comte, a viabilidade de se conceber uma sociedade como unidade orgânica⁴⁹⁰ de sentido totalizante que, embora não se afirme como abstração,

⁴⁸⁷ Nas palavras de Comte, ao referir-se à luta de classes, aponta o conflito como algo que pode ser desejável, mas excepcional. Assim, a doutrina social Positivista supõe que não estaria a rechaçar o conflito ao admitir essa conflituosidade excepcional: “O caráter profundamente relativo da nova doutrina social torna-a, ao contrário, a única apta a conciliar radicalmente a subordinação habitual com a revolta excepcional, como exigem ao mesmo tempo o bom senso e a dignidade humana. Reservando esse perigoso remédio para os casos verdadeiramente extremos, não hesitará jamais em aprová-lo, nem mesmo em recomendá-los, quando se tiver tornado realmente indispensável” (MORAES FILHO, Evaristo de. (org.) FERNANDES, Florestan (coord). **Comte: Sociologia**. São Paulo: Atica, 1989, p. 160).

⁴⁸⁸ DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnelle**. Tome 3^e. Paris: Fontemoing, 1923, p. 619.

⁴⁸⁹ Como exposto no título II deste trabalho, essa coesão social diz respeito à uma solidariedade que se qualifica como interdependência decorrente da divisão do trabalho, em termos muito semelhantes à solidariedade orgânica de Durkheim (que, a seu turno, parte do mesmo marco teórico de Duguit: o positivismo Comtiano).

⁴⁹⁰ É interessante notar que essa conformação orgânica depende, ao menos segundo Augusto Comte, que, como exposto, está na base do pensamento de Duguit, da participação de todas as classes, embora o “poder espiritual” deva ficar nas mãos dos “sábios” e o “poder temporal” competirá aos “chefes industriais”. A rigor, portanto, a lógica totalizante do Positivismo é uma lógica de opressão àqueles que não são donos do capital. A rigor, alguns “funcionários” serão, por certo, menos privilegiados nessa “reorganização da sociedade”, que não tem nem na liberdade nem na

dificilmente pode ser compreendida senão como uma elaboração mental que pretende se colocar no lugar da realidade das relações sociais; b) trazer uma concepção de sociedade que dilui o indivíduo, reduzindo o titular de uma posição jurídica à condição de “funcionário” do ente social, como se os seus interesses existenciais estivessem em patamar necessariamente inferior ao dessa coletividade; c) transformar a liberdade em algo que se dirige a gerar prestações ao todo, de modo que se pode inferir que, em tal concepção, não haveria o reconhecimento de um valor da liberdade senão pela sua compreensão como fonte dessas prestações em termos de coesão social; d) esse direcionamento à totalidade conduz a liberdade a uma contradição de difícil solução, pois aquele que age livremente, a rigor, estaria a agir conforme preordenação dirigida à totalidade; e) ao não reconhecer valor intrínseco à proteção da liberdade, senão pelo seu sentido funcional, acaba por colocar em xeque seu caráter jusfundamental, o que contraria a ordem constitucional vigente e, mesmo, uma ordem constitucional democrática; f) viola, também, pelas mesmas razões, o caráter de garantia fundamental da propriedade – e, em última instância, de outras formas de pertencimento – o que também é incompatível com a ordem constitucional, que qualifica tanto a propriedade como a sua função social no âmbito de jusfundamentalidade (isto é, da propriedade dotada de função social, e não da propriedade como sendo ela própria uma função social).

As últimas objeções, de modo especial, revelam a incompatibilidade da doutrina de Duguit com a ordem constitucional vigente⁴⁹¹, sendo que a penúltima, que se refere especificamente à liberdade sendo tomada como uma função social, pode ser incompatível com uma ordem constitucional democrática.

Desse exame, bem se verifica a inviabilidade de se cogitar de função como liberdade(s) no âmbito de uma concepção de liberdade-função social.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que as concepções convergiriam. Na verdade, porém, separam-se desde os fundamentos, sendo difícil pensar em convergências substanciais.

Quando se cogita da liberdade como sendo uma função social em Duguit se

igualdade os seus marcos fundamentais. (COMTE, Augusto. **Reorganizar a sociedade**. Lisboa: Guimaraes Editores, 1977, p. 81).

⁴⁹¹ Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**, p. 19.

está a tratar de uma liberdade que se atribui a um indivíduo para que este faça dessa mesma liberdade uma fonte de benefícios para a sociedade, em termos de coesão social. Ela é função no sentido de que somente pode ser concebida, nessa doutrina, como fonte de prestações para o todo, sendo que, se tais prestações não forem promovidas, o titular da liberdade não desempenhou sua função perante a sociedade. O indivíduo aí desempenha diversas funções sociais, assim compreendidas como condutas em benefício da sociedade, agindo sempre, nas palavras de Augusto Comte, citado por Duguit em respaldo à sua tese, como um “funcionário” do grupo social⁴⁹².

Assim, a função em Duguit é algo que se atribui à própria pessoa. Daí afirmar-se que liberdade e propriedade são funções atribuídas à pessoa para que esta contribua para o incremento da coesão social – e, por que não dizer, a partir de Comte, para a consecução do progresso⁴⁹³ nos termos do ideário positivista.

De modo diverso, quando se faz referência a função como liberdade(s), não se está a tratar da liberdade direcionada ao todo como prestação desempenhada pelo seu titular: o que se sustenta é que os institutos de Direito Civil devem realizar prestações em termos de liberdade, conforme a enunciação já formulada na seção 1.1 deste título III. A função é, no sentido que a ela se atribui neste trabalho, a prestação esperada que se dirige à pessoa concreta, no âmbito de suas relações intersubjetivas: trata-se essa função-prestação de ampliação, exercício ou proteção de liberdade(s). Não se dirige, pois, como visto, à totalidade de um social concebido como abstração. O indivíduo não é um “funcionário” da sociedade, mas a integra de modo indissociável, sendo por ela constituído mas, simultaneamente, nela se autoconstituindo.

Se em Duguit era a pessoa que tinha funções a cumprir, na proposta desta tese ela é a destinatária da função a ser cumprida pelo Direito Civil, que consiste em prestações de liberdade(s). Não é, pois, neste perfil funcional que aqui se cogita, nem a liberdade que se funcionaliza nem consiste ela própria em algo que a pessoa

⁴⁹² DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**, Paris: Librairie Felix Alcan, 1912, p. 29.

⁴⁹³ Em Augusto Comte, pode-se entender o progresso como a inexorável evolução da humanidade a partir da ordem que a coesão social enseja, de modo coerente com a consolidação do “estado positivo”, derradeiro estágio evolutivo após os estágios teológico e metafísico. (COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 4 e ss.)

deverá exercer em benefício da coesão social – o que não exclui, por evidente, a relevância da função social dos institutos de Direito Civil, nos termos que serão adiante explicitados.

“Liberdade-função”⁴⁹⁴ em Duguit é algo, como se vê, substancialmente diverso de função como liberdade(s), nos termos enunciados nesta tese.

A propriedade-função social, nessa esteira, sendo pensada à luz da mesma lógica que informa a liberdade-função social, não trazia as condições propícias à cogitação de uma fundamentação funcional em termos de liberdade. Tanto a propriedade como a liberdade, nessa concepção, sequer são reputadas como direitos propriamente ditos mas, tão só, como fontes de prestações que se dirigem a uma totalidade: a sociedade, na manutenção de sua coesão, em termos de solidariedade orgânica.

Exercer liberdade ou atributos da propriedade passa a ser pensado como algo que necessariamente deve atender a interesses socialmente relevantes – e, mesmo quando exercidas em favor de seu titular, trata-se, em Duguit, do exercício de “deveres” do indivíduo perante a sociedade⁴⁹⁵, no incremento da solidariedade orgânica que deflui da divisão do trabalho. Liberdade e propriedade só existem em função desse sentido social. Se não levam a efeito tais prestações não são passíveis de tutela, uma vez que não são vistas como direitos propriamente ditos.

Não se espera, sob essa ótica, prestações em termos de liberdade para pessoas concretas. Ainda que as prestações dirigidas a esse ente social possam trazer incremento de alguma liberdade concreta, esse incremento não está no fundamento da funcionalização – já que a própria liberdade se dirige ao esse social de caráter totalizante, situado no plano das abstrações redutoras de complexidade que se substituem à realidade das múltiplas relações em que os indivíduos concretos são constituídos e se auto-constituem.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Ou “liberté-fonction”, como Duguit a denomina. DUGUIT, Leon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**. Paris: Librairie Felix Alcan, 1912, p. 48.

⁴⁹⁵ DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon**, p. 145.

⁴⁹⁶ Essa sociedade pautada na solidariedade orgânica, que não valoriza a diversidade (e, quando a apreende, a encara como justificativa para o tratamento desigual de caráter discriminatório) e enxerga o conflito como algo apenas excepcional, a ser tomado como remédio extremo, apesar de se afirmar como realista e criticar a “metafísica” do individualismo, também acaba por reduzir-se ao campo das abstrações, precisamente por ignorar a pluralidade que é característica do social, e por

Tampouco, todavia, é possível compreender a noção de função como liberdade(s) no âmbito de uma concepção de função social como mero limite externo⁴⁹⁷.

Com efeito, se a função social fosse mero limite exterior, ela seria despida de seu caráter efetivamente “funcional”, ou seja, de prestação que se dirige a algo. Tratar-se-ia, tão-só, de balizamento a definir até que ponto seria possível o exercício dos atributos da propriedade. Nada que difira substancialmente – talvez, apenas, quantitativamente, no que tange à extensão dos limites postos - da lógica que, no *Code* de 1904, afirmava que “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.*”

Trata-se, cabe dizer, de teoria que não apenas é incompatível com a compreensão de função social como garantia jusfundamental – ou seja, é garantia fundamental a produção de prestações funcionais no exercício do pertencimento -, mas, também, como visto, com o próprio conceito de função. Função é, quando menos, direcionamento. Se fosse mero limite, seria possível qualificar toda e qualquer restrição à propriedade como função. Os direitos recíprocos de vizinhança que implicam limites de exercício poderiam ser funções, bem como limitações administrativas teriam essa qualificação.

Seria esse, porém, um erro de percepção sobre a função: para a realização das prestações esperadas, pode-se impor limites ao exercício dos atributos da propriedade – ou à liberdade contratual -, que, todavia, não se confundem com a função. Os limites são instrumentos para a operatividade da função, ou seja, para que as prestações sejam possíveis. Limite é meio, função é finalidade. Tratar a função como se ela consistisse nos limites por ela impostos é, portanto, realizar

imaginar a possibilidade de uma ordem que supere os conflitos, como se eles não fossem a seara permanente de embate dialético que constrói os complexos vínculos de intersubjetividade social.

⁴⁹⁷ Pensam a função social como mero limite: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 125; DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214-217; COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69, entre outros. Há, também, expressões jurisprudenciais dessa visão reducionista na jurisprudência recente, como o acórdão proferido no REsp nº 803481, em que, embora versando sobre matéria contratual, transparece a visão sobre a função social como limite externo. Afirma-se no curso da fundamentação da decisão: “A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas”.

confusão no plano lógico entre meios e fins.

Também não é, pois, nessa concepção de uma função-não-funcional (que confunde meios e fins) que se insere a interseção aqui cogitada.

Se a noção de função como liberdade(s) preconiza um conceito plural de liberdade, que não se confunde e não se restringe à autonomia da vontade do indivíduo proprietário, bem como consiste em prestações concretas em termos de liberdade destinadas à pessoa em relação, não seria factível pensar nem em uma interseção nem, tampouco, em uma fundamentação da função social-limite pela concepção funcional a que se refere este trabalho.

Se a função fosse limite externo, sua operatividade se restringiria a balizar, a rigor, a liberdade negativa e formal do proprietário: ampliar-se-ia o lugar da não-liberdade, restringindo as possibilidades formais de escolha e de ação. Não parece viável pensar a liberdade em outros termos quando se pensa em função-limite.

A propriedade limitada pela função social, assim, (a) não geraria prestações em termos de liberdade(s) e (b) não sofreria transformação qualitativa, uma vez que tudo acaba por dizer respeito a um dado quantitativo, pautado na extensão dos poderes do proprietário ante os limites externamente impostos.

É possível afirmar, todavia, que a doutrina contemporânea, de diversos matizes teóricos, superou ambas as concepções acima criticadas.

A afirmação de que o direito de propriedade possui uma função social intrínseca, que nela não se esgota mas, ao mesmo tempo, dela não pode prescindir, pode ser compreendida como a superação tanto da propriedade-função social de Duguit como da função social-limite externo.

Na doutrina italiana já foram identificadas ao longo deste trabalho concepções como as de Perlingieri e P. Barcellona, que inserem a função no interior do direito de propriedade – o que consiste, como explica Perlingieri, em uma superação do debate sobre “ser” ou “ter” função social. Rodotà também define a função social como integrante do direito de propriedade, em evidente mudança qualitativa.⁴⁹⁸

A doutrina brasileira contemporânea compartilha desse modo de olhar, que

⁴⁹⁸ RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre La propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986, p. 267.

supera a dicotomia propriedade-função social e função social-limite exterior, revelando-a como uma questão que não faz sentido no debate hodierno sobre a propriedade.

Giselda Hironaka também aponta que o caráter inerente da função social em relação à propriedade, sendo a “essência qualitativa” desse direito.⁴⁹⁹

Laura Beck Varella e Marcos de Campos Ludwig subscrevem a tese de Perlingieri a respeito da propriedade como “situação jurídica complexa”, que tem a função social como integrante de sua estrutura.⁵⁰⁰

Ocorre que a compreensão do perfil contemporâneo da função social não se restringe a essa incorporação na estrutura do direito de propriedade. É necessário perquirir sobre em que consiste o conteúdo dessa função que se incorpora à propriedade. Afinal, é indispensável, quando se trata de função propriamente dita, pensar a que ela serve, ou seja, a que se dirigem as prestações a serem efetuadas pela propriedade (ou pelo contrato) dotada dessa função social intrínseca.

Se a função se dirigisse apenas à coesão social, pouco diferiria do positivismo funcionalista de Duguit. Não parece, porém, ser esse o sentido atribuído por parte relevante da doutrina contemporânea.

Entretanto, não é o estabelecimento do conteúdo e da operatividade da função social questão de fácil solução. É interessante citar, por exemplo, a leitura que realiza Diez-Picazo a respeito da função social defendida por Rodotà, no prólogo à tradução espanhola de “Il terribile diritto”. Trata-se de concepção que acaba por aproximar a função de um limite interno ao próprio direito de propriedade (superando a concepção de função social-limite externo), mas com possibilidades prestacionais que parecem incertas, vinculadas àquilo que “o legislador tenha previsto”. Nas palavras de Diez-Picazo:

Falar de uma função social da propriedade significa, pelo menos, justificar que os poderes do proprietário se encontram limitados, que

⁴⁹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 103.

⁵⁰⁰ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**, p. 780.

são legítimas as intervenções ou incisões legislativas nas quais esses limites se introduzem; que ao mesmo tempo que limites aos poderes dominiais, existem também obrigações positivas e negativas a cargo do proprietário; quer junto ao interesse do proprietário, em um grande numero de propriedades se reúnem outros interesses, igualmente respeitáveis e dignos de tutela. Isso é claro, v.g., na definição das chamadas “fazendas melhoráveis” (fincas mejorables), mas o é também na definição dos objetos de interesse histórico ou artístico; e em tantos outros campos. A função social é, por conseguinte, uma constrição dos poderes dominiais e uma forma de seu exercício; o exercício mais adequado para a obtenção das finalidades que o legislador tenha previsto.⁵⁰¹

O próprio Rodotà, todavia, parece rechaçar o reducionismo legislativo na definição da função social da propriedade,⁵⁰² pelo que se pode compreender a referência àquilo que o legislador “tenha previsto” em um sentido lato, conforme o que deflui não apenas de regras, mas de princípios integrantes do ordenamento jurídico, com uma abertura para a concretude dos fatos. A concepção de Rodotà é marcada pela dialeticidade, precisamente para apreender a dinâmica da sociedade que demanda diferentes contribuições funcionais no que tange à propriedade.⁵⁰³

Além disso, o caráter também prestacional da noção de função é por ele destacado, ao lecionar:

*A função se manifesta em primeiro lugar como falta de atribuição ao proprietário de determinadas faculdades; em segundo lugar, como conjunto de condições para o exercício das faculdades atribuídas, e, finalmente, com a obrigação de exercitar determinadas faculdades sobre a base de apreciação de uma apreciação livre ou de acordo com modalidades assinaladas.*⁵⁰⁴

Limites e prestações integram a concepção de função social adotada por Rodotà. Entretanto, para além da definição de vetores, é necessário pensar em qual conteúdo devem ter esses limites e, sobretudo, essas prestações. Duas opções, não

⁵⁰¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo da tradução espanhola da obra RODOTÀ, Stefano. **El Terrible Derecho**. Madrid: Civitas, 1986, p. 254

⁵⁰² RODOTÀ, Stefano. **El Terrible Derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Madrid: Civitas, 1986, p. 254.

⁵⁰³ RODOTÀ, Stefano. **El Terrible Derecho**, p. 219-220.

⁵⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. **El Terrible Derecho**, p. 238.

excludentes, se apresentam: pensar o tema à luz de interesses coletivos difusos, oferecendo à função uma ênfase substancialmente ligada a um sentido coletivo de caráter “publicista”⁵⁰⁵ (na acepção clássica da palavra, assim compreendida como pertinente à lógica da dicotomia oitocentista entre direito público e direito privado), ou, ainda, vincular a função a interesses existenciais que se manifestam no âmbito das relações interprivadas

É sintomático, porém, que a doutrina brasileira não siga de modo exclusivo nem em uma nem em outra senda, tratando da função social da propriedade, simultaneamente, como algo que é pertinente a um coletivo dotado de concretude e que, também, pode adquirir um sentido muito mais vinculado à satisfação de necessidades existenciais de indivíduos determinados— sendo, nessa medida, vista como um instrumento de realização de direitos fundamentais em favor dos seus destinatários. Trata-se de uma superação de uma compreensão primordialmente totalizante sobre a função social, que, sem descurar de sua vocação historicamente vinculada ao algum sentido de coletivo, volta-se, também, aos interesses de destinatários concretos — tudo isso sem uma preocupação, em termos de fundamentação, centrada em uma solidariedade como coesão, mas, sim, como alteridade.

A superação dessa concepção de sentido totalizante da função social é exemplarmente apontada por Eroulths Cortiano Junior:

*O direito volta-se para recuperar aos excluídos o sentido do viver social, e tem relevância a função que desempenha no mundo jurídico aquele instituto — a propriedade — que era a cidadela do direito privado liberal. Se antes a função social da propriedade era exercida à medida que refletia a autonomia e liberdade humanas, impõe-se agora compreender sua função em face dos desprivilegiados, dos não proprietários; daquele cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.*⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ A definição de função social do Código Civil brasileiro parece integrar essa mesma lógica, ante os elementos que compõe a dicção do artigo 1228, § 1º do CCB: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

⁵⁰⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso proprietário e suas rupturas**, p. 93.

É a concretude da vida – e não um sentido abstrato de interesse coletivo ou de bem comum - que revela o perfil que a função social deve adquirir em cada relação concreta, para a proteção jurídica das pessoas ali envolvidas. Destaca-se, assim, a formulação conclusiva levada a efeito por Francisco Eduardo Loureiro sobre a determinação do conteúdo da função social:

*Amolda-se a cada estatuto, em conformidade com os princípios constitucionais e a concreta regulamentação dos interesses em jogo, às vezes somente identificável no momento em que ocorre lesão a tais valores.*⁵⁰⁷

Essas compreensões renovadas sobre função social não apenas superam um conteúdo exclusivamente dirigido à fórmula genérica dos “interesses coletivos” e, sobretudo, a qualquer pretensão totalizante, aproximando-a da concretude das necessidades existenciais das pessoas em relação, mas oferecem à função um sentido prestacional muito mais forte do que a simples limitação, mesmo intrínseca, do direito de propriedade.

Todas essas leituras são coerentes com o vaticínio de Rodotà, em meados dos anos 80, quando afirmou:

*(...) estamos ante una reconstrucción residual o mínima de la noción de propiedad en torno a la necesidad de asegurar al individuo la satisfacción de algunas necesidades esenciales a través de la garantía del trabajo, de la vivienda o de algunas prestaciones sociales. Estos bienes primarios constituirán el nuevo núcleo duro del derecho de propiedad y, a través de su directo ligamen con la persona, proporcionarán una nueva legitimación al nexo propiedad-libertad.*⁵⁰⁸

Daí emergem possibilidades sustentáveis de se afirmar que uma leitura dessa função social pode ser levada a efeito com base na função como liberdade(s). No acesso a bens indispensáveis à subsistência e nas prestações concretas que o pertencimento pode ensejar ao proprietário, ao possuidor, ou mesmo ao trabalhador

⁵⁰⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191.

⁵⁰⁸ RODOTÀ, Stefano. **El Terrible Derecho**, p. 35-36.

não possuidor, pode-se identificar, em última instância, incremento de liberdade como efetividade. No respeito a formas de pertencimento que satisfaçam tais necessidades e integrem modos de vida em comum, mesmo além de uma tipificação legislativa, está a tutelar a liberdade positiva. Os exemplos são os mais diversos, e já foram, muitos deles, apontados na seção anterior.

É, portanto, no âmbito dessa função social que (i) integra o conceito de propriedade – e também do contrato, como se verá adiante – sem, porém, esgotá-los, (ii) que não é mero limite externo nem aniquila a propriedade como direito subjetivo e (iii) que não é pensada em termos de coesão social, nem de, tão-só, um dado “interesse social” de conteúdo incerto – e de difícil determinação em uma sociedade plural (e real) -, mas, sobretudo, de proteção da pessoa concreta, que está a interseção possível entre função como liberdade(s) e função social, podendo esta ser pensada como fundamentada em parte por aquela, nos termos explicitados na seção 2.1.

Cabe, pois, a partir deste ponto, no atendimento do escopo de análise dessas possibilidades de fundamentação, examinar especificamente o perfil dogmático da função social da propriedade rural, de modo a aferir em que medida essa proposta se verifica como sustentável.

2.3 ELEMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E RURAL E OS PERFIS DA LIBERDADE

Neste ponto serão analisados os elementos integrantes da função social da propriedade rural de modo a aferir sob quais aspectos a função como liberdade(s) pode servir de fundamento à função social da propriedade.

Com base na Constituição, serão analisados os requisitos integrantes da função social da propriedade rural, bem como identificados quais deles podem receber uma fundamentação pautada na noção de função como liberdade(s) – e que sentidos essa fundamentação pode atribuir ao próprio conteúdo de cada um dos requisitos.

Trata-se, também, de demonstrar como a função como liberdade(s), ao integrar o fundamento da função social, dificulta compreensões que possam reputar

a função social apenas (ou de modo prevalente) como uma função econômica centrada na eficiência do mercado e no incremento da produtividade.

Isso decorre da inserção da liberdade como efetividade entre os perfis da liberdade, que não apenas tem o potencial de oferecer sentido mais concreto ao que se pode compreender como “bem-estar de proprietários e trabalhadores”, para citar o exemplo do inciso IV do artigo 186 da Constituição, mas, também, quiçá, para permitir uma compreensão diferenciada acerca do que o inciso I denomina de “aproveitamento racional e adequado, mitigando interpretação majoritária centrada na produtividade (e que é prevalente, inclusive, na leitura do legislador infra-constitucional a respeito da matéria).

Impende, pois, assentadas essas premissas, colocá-las à prova.

Principie-se pela análise dos elementos integrantes da função social da propriedade rural, definidos no artigo 186 da Constituição da República.

O exame não será levado a efeito na ordem dos incisos constante do referido artigo. Isso se deve ao fato de que, como exposto, a função social não se identifica *tout court* com a função como liberdade(s). Há, é certo, aspectos da função social cuja fundamentação não parece facilmente encontrar-se na noção de função como liberdade(s). O comando do inciso II, que se refere à “utilização adequada dos recursos naturais” e à “preservação do meio ambiente” é o mais flagrante.

Ainda que o meio ambiente equilibrado seja condição necessária à própria realização de funcionamentos elementares, parece difícil enquadrar a preservação ambiental como um contributo em termos de liberdade(s). A relação seria por demais remota para que possa ser reputada consistente. A rigor, a preservação ambiental é importante tema atinente a interesses difusos que, sem embargo, são bastante bem identificáveis. Dizem respeito, efetivamente, a uma noção de coletividade que faz sentido como concretude, sendo, ao menos qualitativamente, menos infensa à volubilidade das significações que se atribuem às noções pertinentes ao “interesse coletivo”.

Poder-se-ia, porém, ponderar se a proteção ambiental poderia mesmo ser considerada como contributo do pertencimento (ou, mesmo, como se está a tratar de institutos jurídicos, do conjunto pertinente ao seu perfil normativo), em termos tipicamente funcionais (como na noção de função como liberdade(s)). A questão

pareceria residir, à primeira vista, nos limites a que esse aproveitamento das utilidades naturais deve se circunscrever. Isso é: a preservação ambiental, ao invés de ser um contributo funcional, seria, ao fim e ao cabo, um limite imposto ao pertencimento em favor de um valor constitucional da mais extrema relevância.

Essa cogitação, entretanto, não é exata. Isso se deve ao fato de que, se, efetivamente, há um claro sentido de limites, a inserção funcional da preservação ambiental traz um necessário sentido prestacional, que é assim desvelado por Gustavo Tepedino:

No âmbito dessas imposições, discute-se acerca da vinculação dos adquirentes de áreas de reserva florestal aos deveres de reflorestamento em hipóteses nas quais, no momento da aquisição da propriedade a área já havia sido total ou parcialmente devastada pelo proprietário anterior. O novo proprietário, invocando as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito em que se consubstancia a compra e venda, procurava se desvincular da responsabilidade ambiental derivada de tais infrações. Inicialmente, orientou-se o Superior Tribunal de Justiça para a impossibilidade de imputar ao adquirente a responsabilidade pelo dano ambiental, em face da nítida ausência de nexo causal. A evolução jurisprudencial, no entanto, na esteira de entendimento doutrinário, estabeleceu a vinculação do novo proprietário, independentemente da forma como foi adquirida a propriedade.⁵⁰⁹

O inciso I é, como se vê, revelador da complexidade de que se reveste o elemento funcional do Direito Civil, sendo certo que a própria liberdade se insere no domínio dessa ordem constitucional plural que contempla múltiplos valores.⁵¹⁰

Maiores possibilidades de fundamentação (e de ressignificação) na função como liberdade(s) residem, porém, no inciso III do artigo 186, que se refere à “observância das disposições que regulam as relações de trabalho”.

O limite da jornada de trabalho, por exemplo, assegura o tempo de ócio para que o trabalhador possa desenvolver os outros aspectos de sua vida conforme aquilo que ele valoriza. O salário assegura a satisfação de necessidades propiciando

⁵⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2008, p. 61-62.

⁵¹⁰ Sobre a dialética da relação entre os diversos valores constitucionais, TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente, p. 60.

funcionamentos – e, assim, ampliando liberdade -, as normas de proteção à saúde do trabalhador atendem a finalidade semelhante.

A proteção ao trabalhador, nesse sentido, não pode ser vista como forma de obtenção de coesão social ou arrefecimento da luta de classes, mas, sim, como instrumento de promoção de liberdade(s), sobretudo de liberdade positiva e substancial.

É possível, no entanto, identificar o mais evidente ponto de interseção entre a função social da propriedade rural e a noção de função como liberdade(s) no inciso IV do artigo 186, o qual define como elemento da função social a promoção do bem-estar de proprietários e trabalhadores.

Conforme explicitado na seção 1.4 do título I, a noção de “bem-estar” se vincula aos funcionamentos que alguém é capaz de realizar.⁵¹¹ Isso quer dizer que há funcionamentos básicos que compõem um conjunto capacitatório elementar, e, portanto, propiciam um grau mínimo de liberdade substancial que integra o que se pode denominar de “bem-estar”. Em outras palavras: a extensão do bem-estar pode ser medida pela extensão da liberdade substancial de que alguém pode fruir.

Os funcionamentos podem ser muito diversos, desde os mais elementares até os mais sofisticados. Mas não há dúvida de que há funcionamentos básicos que integram um conjunto capacitatório inafastável: poder alimentar-se, vestir-se, estudar, trabalhar, ter uma residência, entre outros aspectos podem ser reputados funcionamentos. Quem não pode escolher entre realizá-los ou não, por não ter acesso material a eles, sofre de um déficit de liberdade efetiva e, por conseguinte, de um déficit de bem-estar.

Essa leitura oferece possibilidades diferenciadas de compreensão da noção de bem-estar de proprietários e trabalhadores. O inciso IV do artigo 186 incorpora, no âmbito da função social da propriedade, a promoção de liberdade substancial.

Não cumpre a função social da propriedade aquele pertencimento que não gera liberdade substancial para os trabalhadores. E isso não se confunde com o

⁵¹¹ “(...) se os funcionamentos realizados constituem o bem-estar de uma pessoa, então a capacidade para realizar funcionamentos (i.e. todas as combinações alternativas de funcionamentos que uma pessoa pode escolher ter) constituirá a liberdade dessa pessoa – as reais oportunidades – de ter bem-estar”. SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992, p. 40 (tradução nossa).

cumprimento da legislação trabalhista. A legislação protetiva do trabalhador avulso, por exemplo, que não define jornada de trabalho máxima, não é suficiente, em uma propriedade rural, para gerar bem-estar ao trabalhador, pois não realiza, por si só, um grau adequado de liberdade substancial.

Alguém poderia objetar afirmando que a adequação da legislação que rege as relações de trabalho ampliaria o bem-estar e, nessa medida, tornaria desnecessária uma consideração autônoma do inciso IV do artigo 186. Não é, porém, assim.

É que o inciso IV não se restringe ao trabalhador assalariado, mas incorpora o possuidor que se vincula ao bem por meio de arrendamento ou parceria ou, mesmo, o possuidor sem título. Em outras palavras, aquele que exerce posse sem ser proprietário ou titular de qualquer outro direito real, bem como sem ter a sua posse advinda de relação contratual com o proprietário também pode ter sua liberdade protegida e valorada pelo Direito Civil sob a expressão “bem-estar”.

A própria legislação infraconstitucional traz instrumentos, ainda tímidos, mas que corroboram essa conclusão. Tudo o que se afirmou na seção anterior sobre a proteção da posse em sua relativa autonomização em relação à propriedade se aplica à reflexão que aqui se está a desenvolver, seja no que tange à posse qualificada prevista no parágrafo 4º do artigo 1.228 do Código Civil, seja pela redução de prazos para aquisição da propriedade por usucapião em situações de exercício de posse como incremento de liberdade(s). Essa proteção jurídica ao possuidor se justifica ante a função de seu exercício como incremento de liberdade(s), podendo dizer respeito, também, ao “bem-estar” (como liberdade substancial” do possuidor trabalhador).

A usucapião rural especial, que tem entre seus requisitos a produtividade gerada pelo trabalho do possuidor e de seus familiares é outro exemplo da valoração que a Constituição atribui à posse que tende ao cumprimento da função social, sobretudo no que tange ao inciso IV em comento.

Resta, entretanto, o exame do inciso I do artigo 186. O “aproveitamento racional e adequado”, lido majoritariamente como produtividade, parece vinculado a uma noção genérica de função pensada como promotora de benefícios a uma “coletividade nacional”, para usar as palavras de Pietro Barcellona ao examinar as posições teóricas que contendem sobre o sentido da função social da

propriedade.⁵¹²

A legislação infraconstitucional parece corroborar esse entendimento, em especial a Lei nº 8.629/1993, que define os parâmetros de produtividade para o atendimento do inciso I do artigo 186 da Constituição.

Ocorre que a própria Constituição traz disposições que ensejam perplexidade quando cotejadas com essa leitura vinculada apenas à produtividade.

De modo especial, o artigo 185 da Constituição prevê que a pequena e média propriedade rural não se sujeitarão à desapropriação para fins de reforma agrária (desde que seu proprietário não seja titular de outros imóveis rústicos).

Isso permite deduzir que mesmo que o proprietário não torne a terra produtiva não se sujeitará à desapropriação. Poder-se-ia ponderar se isso não o dispensaria do aproveitamento racional e adequado da terra. A resposta é negativa, pois a Constituição não traz exceções ao descrever os requisitos cumulativos da função social da propriedade. A ausência de “sanção” pelo descumprimento do preceito não significa que esse preceito inexistia.

Mesmo assim, surgiria a possibilidade de objetar, afirmando que se não há a possibilidade de desapropriação pelo não atendimento do dever de produtividade nos parâmetros mínimos legalmente definidos para os outros imóveis rurais, a pequena e média propriedade não geraria o benefício coletivo que dela se deveria esperar.

Ocorre que nem o aproveitamento racional e adequado pode receber uma leitura economicista vinculada apenas a padrões de produtividade⁵¹³ nem a função social propriamente dita pode ser pensada apenas em termos de benefício coletivo dirigido à totalidade social.

O aproveitamento racional e adequado se vincula de modo indissociável à noção de bem-estar de proprietários e trabalhadores. Se pode ser legítimo impor à grande propriedade a produção de benefícios difusos de caráter econômico, isso não significa que o aproveitamento racional e adequado a isso se reduza.

⁵¹² BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del Diritto Privato Moderno**, p. 246.

⁵¹³ Para uma crítica da leitura que identifica aproveitamento racional e adequado como produtividade, SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da *et al.* Teoria Jurídica e práticas agrárias: o conflito no campo. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 1994, p. 34 e ss.

Talvez seja possível pensar esse aproveitamento, em parte, como um instrumento para gerar bem-estar. É dizer: não é adequado e racional o uso que não gera bem-estar a trabalhadores e proprietários. Em outras palavras, também há uma parcial interseção entre aproveitamento racional e adequado entre função como liberdade(s) e o requisito do inciso I do artigo 186 da Constituição.

No que diz respeito à pequena e à média propriedade, o uso e a fruição da terra suficientes para ensejar incremento de liberdade(s) – sobretudo de liberdade efetiva - para o possuidor trabalhador e para o proprietário podem ser reputados, à luz de uma racionalidade que parece emergir do próprio texto constitucional, um aspecto relevante pertinente ao aproveitamento racional e adequado.

Cabe ressaltar que a lógica que informa a função social da propriedade urbana também se vincula à noção de bem-estar, e, nessa medida, pode ser compreendida como uma função que visa a promover liberdade. O artigo 182, parágrafo 2º da Constituição dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Ocorre que esse plano diretor deve ter por escopo fundamental atender à política de desenvolvimento urbano definida no *caput*, que diz respeito ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

É interessante notar, por fim, que as normas constitucionais sobre a matéria apresentam densidade normativa maior do que a norma pertinente à função social da propriedade prevista no Código Civil de 2002. Além disso, trazem, como visto, possibilidades eficaciais muito mais pertinentes às relações de direito privado – e muito mais tipicamente funcionais, como geradoras de contributos - do que a norma do Código Civil. O artigo 1.228 tem a seguinte redação em seu parágrafo 1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A referência à função social é genérica, sendo que os parâmetros de densificação são atribuídos à legislação especial. Além disso, são vinculados a temas próprios do direito ambiental, com um sentido muito mais adequado à noção de limite do que de função propriamente dita.

Não se pode deixar de notar que a função social da propriedade tal como definida na Constituição traz possibilidades muito maiores à interseção com a função como liberdade(s) do que o conceito mais “publicista” (assim definido à luz de uma compreensão Moderna sobre a dicotomia público-privado) trazido pelo parágrafo 1º do artigo 1228 do Código Civil.

3 LIBERDADE E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Também nos contratos a dimensão funcional pertinente à(s) liberdade(s) pode se integrar à seara de fundamentação desse instituto.

Além disso, a função social do contrato pode ter espaço de interseção com a função como liberdade(s), e nela encontrar parte de sua fundamentação.

O caráter polêmico de que se reveste o tema, com concepções doutrinárias claramente opostas a sustentar o conteúdo dessa função social é terreno fértil para uma problematização da relação entre função e liberdade.

O sentido que se atribui ao social, como coletivo ou pertinente a possíveis interesses de indivíduos, bem como a existência ou não de uma expressão da função social intrínseca ao contrato, para além de sua função dirigida a terceiros, são temas que revelam a complexidade de que se reveste a matéria. Revelam, também, a ausência de uma concepção consensual sobre a função social, nem mesmo no que tange a uma compreensão acerca de seus elementos estruturais e de seus destinatários – o que faz da função social do contrato campo de análise que oferece dificuldades ainda maiores do que a função social da propriedade.

Identificam-se concepções sobre função social que a compreendem como pertinente a interesses difusos de natureza não patrimonial⁵¹⁴, como dirigida a interesses existenciais de natureza jusfundamental⁵¹⁵ ou, mesmo, como pertinente à promoção de eficiência no mercado⁵¹⁶.

Essas concepções serão examinadas criticamente ao longo deste capítulo. Sobretudo o exame crítico das concepções que reputam a função social como a promoção da eficiência no mercado (como Rodolfo Sacco⁵¹⁷ e Arnaldo Wald⁵¹⁸) será

⁵¹⁴ Como Judith Martins-Costa, sem, todavia, se limitar a essa compreensão. MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009.

⁵¹⁵ Embora sem uma referência específica à função social, cabe citar a obra de Thiago Luiz Santos Sombra, como interessante reflexão sobre a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas por meio dos contratos. SOMBRA, Thiago Luiz Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 2004.

⁵¹⁶ SACCO, Rodolfo. L'Autonomia Contrattuale. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**. Tomo II. Torino: UTET, 2003, p. 371.

⁵¹⁷ SACCO, Rodolfo. L'Autonomia Contrattuale, p. 371.

levado a efeito à luz de possíveis vínculos entre função social e direitos fundamentais – e entre estes e os perfis da liberdade, ou seja, em que medida eles podem conflitar com a liberdade, ou em que medida sua realização importa o incremento de liberdade (como efetividade, sobretudo).

O significado da norma do Código Civil a respeito da matéria (art. 421) que prevê que a liberdade de contratar será exercida “nos limites e em razão da função social do contrato” - seara bastante conflituosa – também será objeto de problematização neste capítulo, tomando por base a relação entre função social e liberdade que se propõe nesta tese. A interpretação proposta para esse artigo 421 demanda, como será observado, uma compreensão que não se restringe ao Código Civil, mas remete às normas jusfundamentais que podem oferecer um sentido adequado a essa cláusula geral. Pode se apresentar quanto a essa norma uma hermenêutica que não se reduz a uma exegese literal.

Nesse sentido, integrar função como liberdade(s) ao fundamento da função social pode conduzir à conclusão de que a liberdade (abstrata) de contratar deve ser exercida (ainda que não exclusivamente) em razão da proteção intersubjetiva e manutenção da liberdade como efetividade.

Se uma leitura do social como coletivo abstrato dificultaria uma fundamentação constitucional da norma, ao hierarquizar um suposto interesse do todo (como se a rede da sociedade não fosse permeada por múltiplos interesses que merecem o adjetivo de coletivos, e são, muitas vezes manifestamente contraditórios entre si) como superior, *a priori*, à liberdade individual (que é um direito fundamental), uma determinação funcional que articule em concreto juízos de prevalência sobre perfis da própria liberdade – sobretudo dos perfis que a conciliam com outros direitos fundamentais - pode ser muito mais consentânea com a ordem constitucional de uma sociedade plural.

São essas as questões fundamentais que serão desenvolvidas nas seções que seguem.

⁵¹⁸ WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, Ano 5, vol. 17, jan-mar 2004.

3.1 CONTRATO, AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO

A presente seção problematizará a relação entre autonomia privada e autodeterminação no contrato, entendendo esta última como integrante da dimensão funcional complexa que esse instituto jurídico detém.

Em um primeiro momento, pretender uma diferenciação entre autonomia privada e autodeterminação pode causar estranheza.

A compreensão, frequente na doutrina, conforme já demonstrado, de que a autonomia privada esgotaria o sentido da liberdade no Direito Civil acaba por conduzir à criticável conclusão de que aquilo que pode ser cogitado em termos de autodeterminação no contrato já integraria a autonomia privada, como poder de autorregulamentação dos interesses particulares.

Ocorre que, como exposto, a autonomia privada reúna caracteres de liberdade positiva, não se pode dizer que ela apreenda em sua integralidade o que pode se denominar de autodeterminação.

É que a autorregulamentação de interesses privados que a autonomia privada acaba por assegurar consiste, a rigor, em uma expressão de liberdade formal. Não deixa de ser liberdade positiva, mas é pensada em termos abstratos: é formalmente assegurada a toda a possibilidade de contratar definindo o conteúdo da avença, que obrigará o contratante. Não se cogita, aí, da efetiva possibilidade de realizar as escolhas que podem implicar tanto na iniciativa de contratar ou não e de escolher o outro contratante (liberdade de contratar⁵¹⁹) como na definição das cláusulas que obrigarão o contratante (liberdade contratual).

Com efeito, tanto a liberdade contratual como a liberdade de contratar, se pensadas em termos apenas de autonomia privada, não transcendem a seara da liberdade como abstração. Dir-se-á que o exercício da autonomia importa a passagem da abstração para a concretude. Porém, a concretude do contrato celebrado pode importar um exercício apenas presuntivo de liberdade. O que se materializa como contrato a partir da chancela legal prévia nem sempre pode ser reputado como o efetivo conjunto de escolhas que o indivíduo poderia realizar.

⁵¹⁹ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo: RT, 1897, p. 121.

Diversamente, pode não significar efetiva determinação de uma normatividade em termos de liberdade substancial.

Em outras palavras, asseverar que as escolhas realizadas no contrato materializado foram um exercício da autonomia privada formalmente assegurada não significa afirmar que essas escolhas realmente ocorreram como tais no plano material.

Não se está a sustentar, aqui, a existência de vício de vontade pelo fato do déficit de liberdade como efetividade, nem, tampouco, a pretensão de uma liberdade alheia a condicionamentos impostos pela necessidade. Se fosse isso, estar-se-ia a elevar ainda mais o grau de abstração da liberdade a que aqui se está a referir.

Trata-se, ao contrário, de perquirir se efetivamente quem contratou tinha, materialmente, um conjunto razoável de escolhas.⁵²⁰ O exercício de autonomia privada quando as escolhas são restritas ou quando não há escolhas não infirma essa autonomia privada, mas é deficitário em termos de liberdade como efetividade e, nessa medida, também de autodeterminação.

O ponto de partida da compreensão de autodeterminação no sentido aqui referido é a doutrina de Joaquim de Sousa Ribeiro, na obra “O problema do contrato”. É o seguinte o conceito de autodeterminação sustentado pelo autor, permeado por uma noção de valor:

*Como conceito prejurídico, assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências*⁵²¹.

Embora o conceito, tomado em sua generalidade, possa conduzir a um entendimento que pouco diferiria da autonomia privada como liberdade positiva, já

⁵²⁰ Seria possível lançar mão de um contra-argumento foucaultiano (a esse respeito, vide o título I deste trabalho), de que as próprias escolhas seriam decorrentes de uma constituição do sujeito pelos vínculos de poder que dialeticamente o forjam. Assim, ao exercer liberdade, estaria o sujeito, mais uma vez, se “assujeitando”. A esse respeito, vide seção 1.4 do título I deste trabalho. Todavia, supor que importaria necessariamente em um déficit de liberdade é supor que existe uma verdadeira liberdade para além dos vínculos sociais mediante os quais esse poder difuso opera, o que somente pode ser pensado em termos ideais. Como antes explicitado, a liberdade como insubordinação aos discursos que forjam e reproduzem as redes de poder não pode ser pensada como a única seara efetiva de autoconstituição individual.

⁵²¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 22.

explicitada anteriormente, o autor procura reconduzir o conceito para uma dimensão que, além de vinculada à liberdade positiva, também tem sentido material:

*Neste sentido, a liberdade não postula unicamente uma simples permissão, nem apenas a capacidade pessoal de autodireção, de agir em congruência com o que se é (ou se deve ser, nas formulações deontológicas), mas um efectivo poder de fazer (ou não fazer) aquilo que se aspira a fazer (ou não fazer). Nessa acepção, o conceito não se desprende das condições empíricas que garantem e promovem, nem dos obstáculos que impedem ou dificultam a possibilidade real de aproveitar as oportunidades proporcionadas pelas permissões.*⁵²²

A autodeterminação, assim, não se confunde com a liberdade abstratamente considerada, nem com a autonomia privada, compreendida pelo autor como “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”.

Por meio dessa compreensão sobre a autodeterminação o autor critica uma compreensão liberal a respeito da liberdade (que, como visto, é a base sobre a qual se assenta a noção tradicional de autonomia privada). Entende Sousa Ribeiro que nessa visão liberal estar-se-ia diante de uma liberdade duplamente negativa: livre de intervenção estatal e de exigências éticas.⁵²³ Daí porque a autodeterminação não pode equivaler a esse sentido de liberdade, sendo imperativo compreendê-la também como liberdade positiva.

Entretanto, a autodeterminação também não equivale, *tout court*, a uma dimensão substancial da liberdade, embora, como reconhece o autor, o conceito não seja “inteiramente de se rejeitar”. Não obstante isso, a ausência de identidade conceitual parece não impedir que a noção de liberdade como efetividade possa integrar, ainda que em parte, a compreensão sobre a autodeterminação.

Embora aponte a autodeterminação como insuficiente para constituir, por si só, a dimensão funcional do contrato, uma vez que esta também seria integrada pela “regulação de processos sociais de troca, de acordo com parâmetros e valores da juridicidade” – e o problema do contrato estaria em satisfazer as exigências muitas

⁵²² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 35.

⁵²³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

vezes contraditórias desses planos – Sousa Ribeiro afirma a “necessidade de compatibilização recíproca, tendo cada uma dessas projeções funcionais que respeitar limites traçados pelos autônomos princípios conformadores das restantes”⁵²⁴.

A presente tese, cabe ressaltar, não pretende a construção sistêmica preconizada por Sousa Ribeiro⁵²⁵, pois reside, declaradamente, em apenas uma dentre as dimensões funcionais possíveis, não sendo objetivo do trabalho enfrentar a questão da contradição latente entre funções possíveis – uma vez que reconhece a contradição potencial intrínseca a essa concepção de função como liberdade(s).

Ter por objeto apenas parte da dimensão funcional é, todavia, implicitamente, reconhecer que há outras funções além da(s) liberdade(s), e a obra de Sousa Ribeiro é relevante marco na compreensão tanto do sentido parcial da função centrada na liberdade como no refrear de qualquer tendência em reputá-la exclusiva.

É certo que Sousa Ribeiro critica a vinculação entre restrição à liberdade formal e incremento de liberdade material sustentada, por exemplo, por Höhn. Enquanto Höhn afirma as normas que geram uma redução do âmbito da liberdade formal asseguram, no âmbito que lhe resta, que essa liberdade formal esteja “materialmente carregada”, transformando “a liberdade contratual formal em material”⁵²⁶, Sousa Ribeiro duvida da possibilidade de, no contrato, assegurar-se uma garantia direta positiva. A intervenção restritiva da liberdade formal não adicionaria liberdade material à formal, mas apenas impediria “algumas das vantagens que a parte mais forte poderia oportunisticamente retirar”⁵²⁷.

Ocorre que, ao impedir a obtenção de vantagens excessivas pela parte mais forte, a intervenção que minimiza liberdade formal pode impedir, também, que se amplie concretamente o déficit de liberdade material do contratante mais fraco. Ou seja: a restrição permite, ao menos, a manutenção do nível de liberdade material preexistente. Trata-se de uma prestação funcional relevante, que se realiza **no** contrato.

⁵²⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 637.

⁵²⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 21.

⁵²⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 130-131.

⁵²⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**, p. 106-107.

Há, porém, mais: as restrições à liberdade formal da parte mais forte podem importar em um incremento maior de liberdade material **como consequência** do contrato – o que será mais adiante demonstrado. Desse modo, se a restrição da liberdade formal de um contratante realmente não implica prestações positivas de liberdade material no interior da relação contratual, essa restrição pode, nesse mesmo âmbito, assegurar o exercício da liberdade material preexistente ao contrato – o que não deixa de ser uma prestação funcional -, sem agravar seu déficit. Além disso, pode gerar, pelo acesso aos benefícios que o contrato pode ensejar, contribuição em termos de aumento de liberdade material, resultante, assim, do próprio contrato.

É por isso que no âmbito estrito da dimensão funcional vinculada à autodeterminação, pode-se cogitar de um contrato que, sendo exercício de autonomia privada, tem entre suas funções a realização de atos de autodeterminação e, mais que isso, pode, ampliar espaços de autodeterminação dos contratantes – inclusive, sustentamos, pensada como liberdade material.

Explica-se: o contrato, como instrumento de satisfação de necessidades, pode ser visto, também, como um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade⁵²⁸. Mas essa afirmação deve ser compreendida não, pura e simplesmente, como exercício de autonomia formal: trata-se de ferramenta útil à realização de aspirações existenciais, que se expressam em termos de liberdade positiva, e que somente se mostram viáveis mediante a existência de liberdade como efetividade.

Nessa medida, deve-se compreender a disciplina do contrato como detendo a função de (a) permitir a autodeterminação individual por meio de sua celebração; (b) propiciar, por meio dos seus efeitos, a ampliação de capacidades individuais para a realização daquilo que cada um valoriza (ou seja, ampliação de liberdade como efetividade).

Quando a lei traz normas protetivas para o contratante em situação de déficit de autodeterminação, está a realizar a operatividade da função como liberdade(s): a restrição eventual da autonomia privada de um contratante (aquele que detém

⁵²⁸ NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

posição de proeminência econômica, técnica ou, ao menos, aquele que impõe um contrato *standard*) vem em homenagem à autodeterminação (integrada por liberdade positiva e substancial) do outro contratante (hipossuficiente, vulnerável ou, simplesmente, aderente em contrato de adesão).

Ao mesmo tempo, porém, ao trazer essa proteção à autodeterminação quando da celebração do contrato, o Direito pode ser promotor de autodeterminação derivada de sua eficácia. Medidas de restrição da autonomia privada que importem em redução (ou, pelo menos, compensação) do déficit de autodeterminação da parte ao celebrar a avença pode ampliar o acesso a bens fundamentais, que incrementam o conjunto de escolhas efetivas na vida do indivíduo.

Um exemplo do que se está a sustentar diz respeito às normas que regem a prestação de serviços educacionais por instituições privadas de ensino (Lei nº 9.870/1999). As restrições impostas à elevação abusiva de mensalidades nessas instituições privadas de ensino⁵²⁹, bem como a proibição de atos que importem em óbices para que o aluno possa assistir às aulas e realizar avaliações⁵³⁰ mesmo que

⁵²⁹ “Art. 1º O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.

§ 1º O valor anual ou semestral referido no caput deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º o montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.

§ 4º A planilha de que trata o § 3º será editada e em ato do Poder Executivo.

§ 5º O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores.

§ 6º Será nula, não produzindo qualquer efeito, cláusula contratual de revisão ou reajustamento do valor das parcelas da anuidade ou semestralidade escolar em prazo inferior a um ano a contar da data de sua fixação, salvo quando expressamente prevista em lei.”

⁵³⁰ “Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.”

esteja em mora asseguram ao contratante que recebe o serviço educacional uma ampliação do acesso ao gozo desse bem fundamental (ou seja, consiste no exercício efetivo de autodeterminação dentro do contrato e por meio dele), que implica em incremento das possibilidades concretas de determinar os rumos de sua vida, com um aumento no âmbito de escolhas efetivas que se colocam à sua disposição (gerando incremento de autodeterminação como efeito do contrato).

Observe-se que optar pelo ensino pressupõe um prévio acesso a essa opção em termos concretos. Contratar e obter a prestação contratual são exercícios, nesse sentido, de autodeterminação. Ampliar o acesso ao estudo por meio de normas que possam restringir a autonomia privada de quem presta o serviço pode, pois, importar ganho em, termos de liberdade(s) – liberdade positiva e substancial.

Aquele que tem acesso ao estudo, porém, vê ampliadas suas possibilidades de vida. Escolhas que residiriam apenas no âmbito de abstração se tornam concretas. Aumentam as possibilidades, portanto, de que o contratante, como resultado da prestação recebida por meio da relação contratual, defina diferentes rumos para sua vida. Ampliam-se tanto a liberdade positiva como a liberdade como efetividade.

O exemplo citado ilustra, como se vê, possibilidades da função como liberdade(s) situar-se no campo da fundamentação de uma compreensão a respeito do contrato que admite restrições à autonomia privada que são intrínsecas à liberdade como conceito plural. Não são restrições que se fundam apenas na exterioridade da liberdade para limitá-la, para tolher seu exercício; ao contrário, situam-se na ponderação possível entre perfis da mesma e multifacetada liberdade. A redução (desde que proporcional) do espaço de liberdade negativa e formal da autonomia privada se justifica pela ampliação global da autodeterminação, com seus consectários em termos de liberdade positiva e liberdade substancial.

O contrato não apenas se revela, assim, instrumento para o exercício da liberdade, mas, também, como fonte de liberdade(s).

Essa é a prestação que ele pode oferecer como integrante da dimensão funcional proposta, prestação essa que pode se dirigir tanto ao próprio contratante como a eventuais terceiros que recebam as conseqüências materiais desse

contrato. A função pensada em termos de liberdade não se restringe, portanto, a uma função limite – bem como rechaça a concepção de limites externos – sendo, sobretudo, de carácter prestacional.

Emerge daí a questão atinente ao papel que pode exercer o conceito de função social do contrato em relação com à função como liberdade(s). Assim como ocorria com a função social da propriedade, a relação não é de oposição, embora uma dimensão funcional não se confunda com a outra. Há, todavia, interseções possíveis, em que a noção de função como liberdade(s) pode ser fundamento que permite, ainda que parcialmente, compreender uma resignificação da função social do contrato.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DO CONTRATO

Se a seção anterior visava a identificar, entre as funções do contrato, espaço para a afirmação da função como liberdade(s), aqui se pretende compreender como esta pode servir para fundamentar, ainda que em parte, a denominada função social do contrato.

Na verdade, esta seção é a primeira parte desse percurso, pois consiste na construção crítica de ferramentas necessárias à análise da própria função social do contrato, à luz da doutrina contemporânea.

O que se pretende nesta seção é, sobretudo, por em questão a possibilidade e os limites eventuais de que a função extrínseca seja compreendida com base na função como liberdade(s), bem como traçar os indicativos iniciais que permitirão cogitar, na seção seguinte, de um relevante entrelaçamento entre função intrínseca e função como liberdade(s).

Trata-se de proposta de fundamentação que pode servir de contribuição, ainda que pontual, à difícil construção de um conteúdo para a função social do contrato.

Se no tocante à função social da propriedade imobiliária há, ao menos, critérios normativos de aferição do seu cumprimento, a questão se torna mais tortuosa quando se trata da função social do contrato.

O conteúdo da função social do contrato está ainda distante de um consenso doutrinário a respeito de suas bases fundamentais. Em que pese a refinada doutrina produzida no Brasil a esse respeito⁵³¹, o caminho de construção do conteúdo do princípio ainda parece longo, ante a indisfarçável complexidade de que se reveste. A proposta desta tese não é, como já exposto e reiterado, repensar a função social do contrato em sua inteireza, nem definir esse seu conteúdo, mas, tão-só, por meio de reflexão problematizante, cogitar da função como liberdade(s) como fundamentação parcial do contrato e de sua função social.

Ou seja: a interseção entre função como liberdade(s) e função social do contrato, caso se mostre viável, não esgota nem o significado nem o que pode defluir da função social, mas pretende oferecer contribuição a esse caminho de reflexão acerca da dimensão funcional do contrato.

Cabe, assim, examinar, nesse caminho dialético de construção de ferramentas, as possíveis significações que a função social pode adquirir. Um ponto de partida pode ser a análise de posições doutrinárias que identificam um sentido exógeno a essa função e outras que admitem um sentido endógeno. Nessa esteira, também cabe examinar compreensões doutrinárias que cogitam da função social como limite e aquelas que enfatizam também seu caráter prestacional.

Por função exógena, ou extrínseca, pode-se compreender uma eficácia esperada do contrato no que respeita a terceiros, ou seja, aqueles que não integram a relação contratual na condição de partes. Paulo Nalin define o que denomina de elemento extrínseco da função social como:

Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o

⁵³¹ À guisa de exemplos, sustentando posições bastante diversas sobre o tema, entre outros, AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado**. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p.113-120 (preconiza uma função social como limite à liberdade contratual, com preocupações pertinentes aos terceiros à relação contratual); NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 223 (função social prestacional composta por elemento intrínseco – pertinente aos contratantes - e extrínseco-pertinente a terceiros à relação contratual); NORONHA, Fernando. **O direitos dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85-86 (vinculando o princípio, entre outros aspectos, à justiça contratual); MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009 (função social como limite e fundamento da liberdade contratual).

*aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.*⁵³²

Ainda que não pareça adequado fundamentar toda eficácia externa do contrato com base na função social, é certo que a referência à função social pode dizer respeito a essa dimensão exógena, não a esgotando⁵³³.

A função endógena ou intrínseca, a seu turno, pode ser compreendida como pertinente às partes do contrato: ou seja, o contrato teria por função social trazer alguma espécie de prestação em favor dos próprios contratantes. Os sentidos que ela pode adquirir serão examinados mais adiante.

Pode-se pensar, ainda, a função social como um limite definidor de até onde podem os contratantes chegar no exercício de sua liberdade contratual e quais efeitos são inadmissíveis como decorrentes de um contrato (seja entre as partes, seja perante terceiros). Sem embargo de se poder pensar função como limite, as mesmas críticas antes formuladas a uma função social-limite externo da propriedade são aplicáveis a eventual cogitação de uma função social-limite externo do contrato.

Já como prestação, a função social pode ser pensada como algo que se realiza em favor de um ente ou de dados sujeitos. Pode ser pensada tanto em termos de função social extrínseca como de função social intrínseca. Parece ser na função prestacional intrínseca que - nos limites do estágio atual da doutrina sobre a função social do contrato - residem as melhores (embora não exclusivas) possibilidades de interlocução (e de fundamentação) entre função como liberdade(s) e função social do contrato - o que será desenvolvido na seção subsequente.

⁵³² NALIN, Paulo. **Do Contrato**, p.224.

⁵³³ Independente de referência a uma função social do contrato, o BGB, em sua reforma de 2002, reconhece efeitos do contrato perante terceiros, como em seu parágrafo 311 (3). Trata-se de eficácia externa que tem por fundamento mais relevante a boa-fé, que, nessa medida, pode ter uma operatividade que extrapola a relação contratual tomada em sentido estrito. Não parece haver nessa regra uma efetiva e direta influência de uma dimensão funcional direcionada a interesses sociais, o que pode revelar que eventual eficácia externa de um contrato não depende, em sua fundamentação, do emprego da função social dos contratos. Com efeito, se a função social historicamente remete a interesses que estão para além do titular do direito funcionalizado, isso não significa que todos os interesses externos ao contrato que podem receber o influxo de sua eficácia estejam abarcados pela função social desse instituto. A respeito dessa eficácia externa do contrato no BGB, vide FACHIN, Luiz Edson; BREIKALO, Uíara Andressa. **Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual**. Artigo inédito (no prelo).

Versando a respeito de uma dimensão claramente extrínseca da função social, vinculando-a a interesses coletivos e a interesses de sujeitos determinados que não são partes do contrato, cabe indicar a lição de Antonio Junqueira de Azevedo:

*Trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas.*⁵³⁴

Trata-se de um entendimento que, versando sobre o que se pode denominar de uma função social extrínseca – uma vez que remete a sujeitos que não integram o contrato na condição de partes –, realça a função social como limite imposto ao contrato.

A esse sentido de limites, parte da doutrina indica uma dimensão prestacional da função social, mesmo nessa seara pertinente a uma função extrínseca. Nesse sentido, colhe-se a lição de Judith Martins-Costa, que qualifica a eficácia da função social do contrato no que tange a terceiros não determinados e a bens de interesse comum como a “mais prestante – e inovadora – eficácia do art. 421” do CCB 2002⁵³⁵.

Indica a autora dois exemplos que reputa ilustrativos dessa especial eficácia: a proteção do meio-ambiente e a proteção da livre concorrência. Quanto ao primeiro exemplo, afirma a autora:

A Constituição Federal situa a defesa do meio-ambiente como um dos princípios cardiais da ordem econômica (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170, inciso VI), consistindo a preservação do meio ambiente, na forma do art. 186, inciso II, da mesma Constituição, uma das condições de concretização da função social da propriedade rural. O art. 225 – que inaugura o Capítulo IV

⁵³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado**. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p.113-120.

⁵³⁵ “Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”.

do Título VIII constitucional, assegura “a todos” o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como “bem de uso comum do povo”; atribui-lhe o caráter de essencialidade à sadia qualidade de vida (princípio da essencialidade do meio-ambiente). Assim, em consonância a essa especial qualificação, a atividade contratual não apenas deve ser não-lesiva”- antes, deve ser promocional do meio-ambiente. Como consequência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio-ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual, caso haja dano, quanto impõe-se aos contratantes deveres positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização.⁵³⁶

Trata-se, como se vê, de pensar toda uma cadeia de contratos como dotada de uma função que consiste em gerar prestações positivas em termos de preservação ambiental.

Outro exemplo citado pela autora diz respeito à tutela da concorrência. Aqui, também, apresentam-se prestações positivas a serem ensejadas por meio dos contratos, conforme a reflexão formulada por Judith Martins-Costa:

Outro exemplo contundente está na livre concorrência. Que a atividade econômica, e em especial a concorrência seja substancial e concretamente “livre” é do interesse geral, concretizando o “bem comum” que a economia não seja cartelizada. Portanto, o art. 421 potencializa e permite interpretação ampliativa dos dispositivos legais referentes à promoção da livre concorrência, além de legitimar a imposição de deveres positivos. Por exemplo, no contrato de fusão e incorporação, impõe o dever positivo de prever formas pela qual a empresa (mediante a fusão ou a incorporação) se resguarde de dominar mercado. Aliás, no campo da atividade negocial (seja o campo dos contratos, seja o da empresa), correta está a doutrina que indica a “funcionalidade exógena” do princípio da função social, em contrapartida à “normatividade endógena” dos princípios da boa-fé e da autonomia privada.⁵³⁷

Ao menos duas questões relevantes emergem da passagem acima transcrita.

⁵³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.** Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009.

⁵³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.** Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009.

A primeira diz respeito à natureza das prestações positivas que o contrato pode produzir no exemplo citado: são prestações que visam a evitar o domínio do mercado pela empresa que se originará da fusão; a segunda é pertinente à identificação da função social em um plano exógeno ao contrato, ao lado de uma normatividade endógena que seria pertinente aos princípios da boa-fé e da autonomia privada. A primeira questão será examinada a seguir; a segunda, na seção subsequente.

Principie-se, pois, com a problematização da natureza das prestações positivas referidas no exemplo: condutas que visem a evitar que a fusão enseje domínio do mercado. Pode-se ponderar se o exemplo não diz respeito, ao fim e ao cabo, apenas à função como limite, sem um sentido prestacional diretamente dirigido à comunidade que não ocupa a posição de parte nesse contrato. É que essas condutas positivas podem, a rigor, se reconduzir a uma vedação pura e simples, que pode ser assim enunciada: o contrato de fusão entre sociedades não pode gerar domínio de mercado pela sociedade dali originada.

A rigor, ao não dominar o mercado, a sociedade empresária está a se submeter a um limite para a sua atividade – e para o contrato que a gera. A prestação positiva que consiste em prever formas pelas quais se resguarde de dominar o mercado não é, ao fim e ao cabo, a prestação que o contrato oferece à sociedade como coletividade (a prestação que se dirige ao todo, na compreensão de função que parece estar implícita da tese defendida pela mencionada autora), mas, sim, consiste, no exemplo citado, em prestação-meio para não ultrapassar o limite imposto pelas regras que tutelam a livre concorrência.

Essa breve problematização pretende revelar, ainda que com o emprego de exemplo pontual, a dificuldade de se identificar um sentido prestacional diretamente dirigido ao corpo social, pensada como uma totalidade, quando se trata de função social extrínseca do contrato. Com efeito, pensar em termos de limites é efetivamente mais fácil do que em termos de prestações que diretamente se dirigem à sociedade.

Apesar dessa dificuldade, é difícil negar a relevância dessa dimensão extrínseca, ainda que, no estado atual da arte, ela seja muito mais limitativa do que verdadeiramente prestacional.

Isso não significa, porém, que o caráter prestacional da função extrínseca não mereça reflexão: o que se está a cogitar é da escassez de parâmetros doutrinários e normativos que permitam afirmar essa função prestacional como algo que não se reduza a uma proclamação discursiva vazia de conteúdo e de eficácia. Essa ausência de parâmetros é flagrante no Código Civil de 2002, em seu artigo 421. A afirmação, pura e simples, de uma função social do contrato como limite à liberdade de contratar e, simultaneamente, como o princípio em razão do qual essa liberdade deve ser exercida é fórmula normativa que, simultânea e paradoxalmente, diz menos do que deveria e mais do que deveria.

Diz menos do que deveria por não trazer sequer parâmetros de aplicação⁵³⁸ que possam fazer com que essa função social não se reduza nem a fórmula vazia nem se preencha por argumentos que desnaturem sua base constitucional; diz mais por que se coloca, ao menos em sua literalidade, como fundamento da liberdade – o que, em uma leitura *prima facie*, poderia conduzir, até mesmo, a uma conclusão por suposta inconstitucionalidade da norma, por uma suposta subordinação da liberdade individual a interesses coletivos.

A questão atinente a essa pretensa inconstitucionalidade pode ser problematizada mediante interpretação conforme a Constituição, que tem por base a fundamentação centrada na função como liberdade(s). As possibilidades hermenêuticas que defluem dessa fundamentação serão objeto de análise na seção seguinte, pois dependem da construção de mediações, ainda a ser levada a efeito neste trabalho.

Na verdade, antes de se cogitar de em que sentido seria possível compreender a função social como princípio em razão do qual se exerceria a liberdade contratual, é necessário que se compreenda em que seara de operatividade se localiza essa função social, bem como cogitar de parâmetros para pensar em seu conteúdo.

Do que se examinou até agora, tem-se por certo que a função social pode se dirigir a uma seara externa à relação estrita entre os contratantes, como as

⁵³⁸ Essa crítica é levada a efeito por Junqueira de Azevedo no que diz respeito à técnica empregada pelo legislador do Código Civil como padrão de elaboração das cláusulas gerais. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: _____. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 61.

compreensões doutrinárias antes explicitadas dão conta de demonstrar.

Entretanto, quanto ao conteúdo dessa função externa e, mesmo, quanto à sua natureza (limite externo, limite interno ou prestação), o que até agora se revela não é um consenso. Pode-se identificar, a rigor, uma referência mais ou menos genérica a interesses sociais, ou a interesses coletivos, ou ao bem-comum. Tamanha indeterminação abre espaço para que se preencha o conteúdo desse “interesse coletivo” até mesmo com concepções que o reduzem aos interesses do mercado.

Nesse sentido, destaca-se a tese de Rodolfo Sacco. O jurista italiano analisa a função social do contrato partindo de uma afirmação controversa: “a função social é o mercado”⁵³⁹.

Os argumentos principais quem emprega para sustentar sua afirmação são os seguintes:

*È del tutto sviante, pensare ad una funzionalizzazione del contratto operata mediante controlli sul suo contenuto. Il contratto deve essere espressione del diritto spontaneo, che si sviluppa in quel sistema informativo-normativo che è il sistema economico. Nei campi di attività in cui il mercato può funzionare, il legislatore ordinario deve fare il possibile per garantire al singolo un accesso alla contrattazione liberato dalla desinformazione, dal monopolio altrui, dalla sorpresa e dalla irreflessione.*⁵⁴⁰

Embora as relações de mercado permeiem o tecido social, sendo inclusive decisivas para definir sua configuração, é preciso que se tenha em conta que a sociedade não se esgota no mercado. Supor que o contrato, por ser operação econômica, estaria submetido integralmente às necessidades de eficiência da economia é desprezar interesses que transcendem o mercado e que com ele podem colidir. A preservação ambiental, antes indicada, é, v.g., função que, por certo não se confunde com o mercado. O mesmo se diga a respeito de direitos fundamentais como saúde, educação ou moradia que podem se realizar por meio de contratos, e que podem integrar, nessa medida, suas finalidades.

⁵³⁹ SACCO, Rodolfo. Autonomia nel diritto privato. In: **Digesto delle discipline privatistiche**. Sezione Civile. Vol. I. Torino: UTET, 2004, p. 371.

⁵⁴⁰ SACCO, Rodolfo. Autonomia nel diritto privato, p. 371.

Essa relação entre direitos fundamentais e função social será melhor explicitada mais adiante.

No direito brasileiro, ainda que sem formular um juízo de identidade entre função social e função econômica, Arnoldo Wald oferece o conteúdo da segunda sobre a partir da primeira:

A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. (...) O contrato continua, pois, sendo um instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica. Mas a liberdade é qualificada, inspirando-se na lealdade e na confiança, que devem existir entre as partes, e a eficiência consiste na adaptação às necessidades do mercado. A função social abrange, pois, a manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, sem prejuízo da obediência aos princípios éticos, pois a função do direito consiste em conciliar a economia e a moral, garantindo, assim, a segurança jurídica sem a qual nenhum país pode progredir.⁵⁴¹

Como se observa, o conteúdo que se pode atribuir ao “social” da função pode consistir, inclusive, na eficiência do mercado. O “todo” como lugar vazio se torna fórmula discursiva que permite sua colmatação de sentido por múltiplas construções teóricas, sem que se possa acusá-las, de antemão, de serem “certas” ou “erradas”, senão pela crítica à própria generalidade da noção de totalidade abstrata, solapando, assim, as possibilidades de inserção arbitrária de conteúdos, quaisquer que sejam eles.

De qualquer sorte, a respeito da posição teórica acima descrita, apesar de não se deixar de reconhecer, como ensina Enzo Roppo, que o contrato, além de ser instituto jurídico, é operação econômica⁵⁴², não se pode supor que isso conduza à conclusão necessária de que aquilo que deflui do econômico deva subordinar o jurídico, ou de que o direito deva se subordinar a uma lógica econômica⁵⁴³.

⁵⁴¹ WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar 2004, p. 5. (3-10)

⁵⁴² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 13.

⁵⁴³ Como sustentam algumas correntes da denominada análise econômica do direito. Nesse sentido, em uma de suas expressões mais radicais, POSNER, Richard. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**. *Journal of Legal Studies*, v. 8. Jan. 1979. Disponível em www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1088.htm. Acessado em 28 de dezembro de 2005. Ainda sobre

Reconhecer que o contrato é operação econômica pode ser, cabe admitir, reconhecer limites ao jurídico, que em sua disciplina não pode olvidar as características concretas do fenômeno social de que está a tratar – não podendo definir um dever-ser que aniquile o objeto de normatização nem, tampouco, que por completa inadequação ao objeto, careça de possibilidades reais de coerção.

Se o contrato não é apenas operação econômica, mas, também instituto jurídico, isso significa que cabe ao direito definir o que se deve ou não chancelar no âmbito dos contratos. Ao mesmo tempo em que confere obrigatoriedade à operação econômica contratual, o direito pode (e deve) definir restrições a essa operação econômica, com base em finalidades pautadas em valores que estão além do estritamente econômico – e que podem com ele entrar em colisão.

Pode o direito, assim, realizar valorações que rechacem finalidades econômicas em proveito de interesses existenciais⁵⁴⁴, seja dos contratantes, seja de terceiros.

Uma visão reducionista a respeito da função social do contrato que a reduza ao mercado ou mesmo a submeta a um juízo de precedência da função econômica parece incompatível com a base normativa dessa função social – que não se restringe à fórmula excessivamente genérica do art. 421 do Código Civil.

É que a própria ordem econômica está funcionalizada, no artigo 170 da Constituição da República, à existência digna e à justiça social.⁵⁴⁵ Embora possa

análise econômica do Direito, cabe citar, também, quicá um dos mais influentes textos escrito sobre o tema: CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. **Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral**. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128. Traduzido para o espanhol pelo Centro de Estudios Públicos – Chile. Disponível em www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1091.html. Acessado em 28 de dezembro de 2005.

⁵⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro: 1997, PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 166.

⁵⁴⁵ Identificando também outros fundamentos constitucionais, TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2 ed. São Paulo: Método, 2007. p. 250. “Não se pode afastar o fundamento constitucional desse princípio como vem reconhecendo a doutrina, quase que com unanimidade. Inicialmente, a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º, III, da CF/1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da República a justiça social (art. 170, caput, do Texto Maior), bem como a solidariedade social (art. 3º, III), nesses dispositivos também residiria a função social dos pactos. Por outro lado, para a valorização da liberdade, tão em crise na esfera dos negócios jurídicos, procura-se encampar a igualdade ou isonomia muitas vezes não percebida no momento de execução do contrato, buscando-se tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, nos termos do art. 5º, caput, da CF/1988. Na busca da função social dos contratos, é crescente a valorização da pessoa humana, seguindo a tendência de

ensejar múltiplas implicações (e interpretações), a referência à existência digna e à justiça social revela que a funcionalização da ordem econômica – da qual o contrato é instrumento – não é tautológica, ou seja, não se trata da economia pensada em função dela própria⁵⁴⁶. A norma constitucional, por paradoxal que isso possa parecer, apesar de mais genérica que a norma do artigo 421 (a norma constitucional se refere genericamente à ordem econômica e ao princípio mais amplo da livre iniciativa⁵⁴⁷, enquanto a norma do CCB se refere diretamente ao contrato), é dotada de densidade muito maior no que tange aos parâmetros de aplicação, sobretudo no que se refere à função ali referida.

Ainda assim, todavia, pensar em existência digna e em justiça social (sobretudo a primeira) em termos de interesse coletivo exógeno continua a trazer dificuldades ao intérprete. Com efeito, a existência digna pode depender do respeito às múltiplas (e potencialmente colidentes) concepções de bem que integram uma sociedade plural.

A referência a comunidades concretas ou, mesmo, a interesses intersubjetivos determinados pode ser um passo inicial no árduo processo de construção da fundamentação e da operatividade dessa função social – rechaçando o recurso a totalidades abstratas que podem, como visto, reduzir o social ao mercado. Para isso, conceitos como “bem-comum” ou “interesse social”, embora não sejam passíveis de descarte, não parecem ser os mais adequados como elementos compreensivos em termos de fundamentação.

Se as relações sociais forem pensadas apenas em termos de complementaridade, a referência genérica ao bem-comum poderia parecer fórmula discursiva apta a um preenchimento adequado do que se poderia, também genericamente, denominar de “O” interesse social, uma vez que a pluralidade

personalização do Direito Civil, apresentada por vários autores do Direito Privado. Na conceituação do princípio, há uma fusão de preceitos patrimoniais e existenciais, assegurando-se ao sujeito de direito o mínimo para que viva com dignidade”.

⁵⁴⁶ Esse sentido geral parece defluir, também, do pensamento de Eros Grau, que, embora identifique a ordem econômica constitucional (criticando, aliás, a própria expressão ordem econômica) como pertinente a um sistema capitalista, aponta a presença de uma orientação normativa aberta que se direciona ao modelo do bem-estar. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, 313.

⁵⁴⁷ Parte da doutrina rechaça, porém, essa “linearidade principiológica” entre livre iniciativa e autonomia privada. ALBUQUERQUE, Fabíola. Liberdade de contratar e livre iniciativa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 111.

encontraria pólo de harmonização apto a assegurar o atendimento das necessidades de coesão social.

Quando, todavia, se admite que o pluralismo pode ter o conflito como dado imanente, uma lógica de mera complementaridade pode não ser factível, ao menos em termos de harmonização de interesses concretos, conduzindo a soluções artificiais que somente se sustentariam na abstração de um conceito totalizante de sociedade.

Assim, sem rechaçar a relevância de uma função externa que seja pensada em termo de coletivos mais amplos (e a reflexão de Martins-Costa atinente à preservação ambiental, citada mais acima, é reveladora desse sentido), uma dimensão funcional pode ser mais facilmente compreendida com referência a sujeitos determinados, em especial quando se trata de função dos contratos.

Se é certo que esses sujeitos determinados (ou determináveis) podem ser terceiros em relação ao contrato – o que mantém hígida a necessidade de se pensar a função social em termos exógenos -, encontra-se na doutrina que sustenta uma função social intrínseca um importante conjunto de subsídios para se pensar uma dimensão funcional prestacional em termos de liberdade(s). Eis o espaço privilegiado em que a fundamentação aqui proposta pode encontrar mais facilmente a sua interseção com a função social do contrato.

Se essa função intrínseca deve ou não ser denominada de “social”, é tema sobre o qual não se centrará a análise que a seguir será formulada: tomar-se-á o estado atual da arte, sobretudo na doutrina brasileira, a respeito de função social intrínseca, de modo que seja possível identificar uma sua nova possibilidade de fundamentação em termos de liberdade(s) – oferecendo, ainda, nova proposta de interpretação, em tais termos, ao artigo 421 do Código Civil, que pode se contrapor aos argumentos que cogitam de sua inconstitucionalidade.

É o que se fará a seguir.

3.3 DA DENOMINADA FUNÇÃO SOCIAL INTRÍNSECA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S)

Na seção anterior foram problematizadas as questões atinentes às

dificuldades encontradas pela doutrina contemporânea no árduo caminho de construção de sentido para a função social do contrato, sobretudo quanto ao seu aspecto extrínseco, voltado à sociedade ou a terceiros que não integram a relação contratual.

Há, todavia, para além da função social extrínseca, o que se pode denominar de função social intrínseca, endógena, ou, como prefere Paulo Nalin, elemento intrínseco da função social.

Trata-se de dimensão funcional que integra a função social, dirigindo-se aos integrantes da relação contratual.

Nada obstante críticas doutrinárias a seu respeito⁵⁴⁸, boa parte da doutrina brasileira admite essa função social interna à relação contratual (sem prejuízo da função social extrínseca).

Nesse sentido, ensina Flavio Tartuce:

*A função social do contrato tem eficácia interna (entre as partes contratantes) e eficácia externa (para além das partes contratantes), o que, do ponto de vista prático, supera a perspectiva de uma simples limitação negativa à autonomia das partes*⁵⁴⁹

É semelhante a lição de Eduardo Sens dos Santos, ao versar sobre os elementos intrínseco e extrínseco da função social:

O primeiro deles (elemento intrínseco) é a adequada ponderação entre os três princípios fundamentais do direito contratual: a autonomia provada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Sem que estejam bem balanceados esses três princípios na relação

⁵⁴⁸ Entre os críticos da função intrínseca ou do elemento intrínseco da função social, destaque-se Humberto Theodor Junior, que sustenta: “A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (*terceiros*) e não apenas no campo das relações entre as partes que os estipulam (*contratantes*). (...) Nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade. Têm também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participa de sua pactuação”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 31-32.

⁵⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2 ed. São Paulo: Método, 2007. p. 243.

*contratual, efetivamente não se pode dizer que o contrato cumpriu sua função social, pois será uma mera imposição de uma parte sobre a outra, quando for desobedecido o princípio da autonomia das partes; ou então será um contrato abusivo e desleal, quando faltar a observância ao princípio da boa-fé objetiva; ou será um contrato injusto quando não se atentar para o princípio do equilíbrio contratual.*⁵⁵⁰

Assim, o atendimento dos princípios contratuais, sobretudo o equilíbrio interno da relação contratual, seria o implemento do elemento intrínseco de sua função social. Um contrato que ofenda a equidade contratual, com uma distribuição desigual e excessivamente onerosa de ônus e benefícios entre os contratantes poderia ser reputado como uma avença que não atende à sua função social. É de se destacar que, em passagem antes transcrita, de Judith Martins-Costa, essa normatividade interna, em termos semelhantes aos referidos por Nalin, não integraria a função social do contrato.⁵⁵¹

Para Martins-Costa, a função social teria operatividade sobretudo externa, e os demais princípios, que com ela não se confundiriam, têm operatividade interna. Ocorre que a autora não deixa de reconhecer algum sentido de operatividade interna da função social ao citar e acolher⁵⁵² a posição sustentada por Tereza Negreiros, que sustenta uma função social do contrato com base na essencialidade dos bens que integram seu objeto. Trata-se a tese de Tereza Negreiros, como se verá adiante, de relevante contribuição doutrinária para a compreensão da função social interna dos contratos.

Pode-se desde logo ressaltar o fato de que Tereza Negreiros destaca uma possível interlocução entre direitos fundamentais sociais e bens essenciais para definir a função social a ser cumprida por um contrato em favor das próprias partes contratantes.

A afirmação de que a função social diz respeito ao acesso a bens fundamentais é, de fato, muito relevante, sobretudo para revelar a inadequação das concepções reducionistas que subordinam a função social ao dado econômico.

⁵⁵⁰ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato: elementos para uma conceituação.** In: Revista de Direito Privado, São Paulo, RT, vol. 13, p. 99-111.

⁵⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.** Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009.

⁵⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.**

Se função social fosse “o mercado”, por certo seria difícil fundamentá-la na consecução de prestações atinentes à moradia, à saúde, à educação, à subsistência. Em homenagem à higidez do contrato operação econômica e à sua função promotora de eficiência econômica tais bens fundamentais, assim reputados pela ordem constitucional, indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade e à obtenção de uma vida digna, poderiam ser deixados em segundo plano se a função social pudesse ser colonizada por uma lógica economicista.

Em última instância, reduzir a função social ao mercado – ou a ele subordiná-la, como antecedente da função social – pode constituir o mais grave esvaziamento do conteúdo jurídico do princípio, fazendo com que qualquer suposta e mediata obtenção de benefícios⁵⁵³ econômicos – sobretudo exteriores à avença – fundamente um suposto cumprimento da função social. Em um argumento *ad absurdum*, seria possível admitir que todo o contrato que importe trânsito jurídico de bens ou de interesses patrimoniais – *rectius*, qualquer contrato – atenderia à sua função social, pois contribuiria para o incremento das relações de mercado. Não parece ser esse, porém, como exposto, o sentido funcional que a Constituição define para os contratos.

⁵⁵³ Exemplo do que se está a explicitar é o voto vencedor do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP do STF, que versava sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, que afasta o imóvel residencial do fiador em contrato de locação do âmbito de proteção legal da impenhorabilidade do bem de família. Um dos argumentos empregados para afirmar a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do imóvel residencial único do fiador em contrato de locação consistiu na suposição de que a eventual impenhorabilidade da residência do garantidor importaria aumento de custos da locação e possível diminuição da sua oferta, o que pretensamente violaria a função social desse contrato. Diga-se que tal suposição sobre possíveis consequências econômicas da decisão foi formulada sem que se fizesse no acórdão qualquer indicação a respeito de estudos econômicos que dessem base à ilação, e sem levar em consideração qualquer dado empírico acerca do aumento ou da diminuição da oferta de imóveis para locação (ou do custo do aluguel) durante o período em que a orientação do STF apontava para um sentido inverso (ou seja, admitindo a inconstitucionalidade da referida exceção à impenhorabilidade do bem de família), a partir de decisões relatadas pelo Ministro Carlos Mario Veloso (RE 352.940/SP). Um contra-argumento, possivelmente tão frágil em termos de consistência empírica quanto aquele empregado no acórdão, poderia consistir na afirmação de que sem a proteção da impenhorabilidade a oferta de fiança se tornará mais escassa, dificultando o acesso de pessoas de baixa renda a opções de garantia e, portanto, à própria locação. Se a função social devesse ser lida em termos de mercado, por esse viés de análise (que, reitere-se, assim como o argumento constante do acórdão, não é mais do que uma ilação lançada a esmo) a decisão do STF poderia ser reputada como contrária à função social do contrato. Esse exemplo é revelador de quão vazia de sentido propriamente jurídico se torna a afirmação de uma função social como subordinada ao mercado: o princípio significaria o que empiricamente as relações econômicas apontassem como o seu sentido mais adequado. A interpretação jurídica deixa de ser fundada em normas, como regras e princípios, e passa a ser pensada ao sabor dos caminhos traçados pela lógica economicista, sejam eles pautados em estudos econômicos propriamente ditos, seja, o que é ainda mais grave, na *doxa* (como oposição à *episteme*) que o juiz possa ter a respeito da realidade econômica.

Tal sentido funcional se afigura, porém, como visto, mais adequado a uma compreensão vinculada ao atendimento de necessidades concretas dos contratantes no que tange ao acesso a bens fundamentais.

É nesse âmbito da denominada função social intrínseca que se pode identificar um espaço privilegiado no qual o sentido da função social pode ser aclarado, ainda que em parte, pela idéia de função como liberdade(s) – sobretudo no que diz respeito à liberdade como efetividade.

Embora não se descarte a função social intrínseca tomada como equilíbrio entre as partes, o que, como explicitado na seção 2.1, traz aspectos pertinentes à noção mais ampla de autodeterminação, pode-se afirmar que o acesso a bens fundamentais por meio do contrato é o que se pode trazer de mais relevante na compreensão da relação entre função social e liberdade.

Cabe, nesse ponto, ponderar em que medida o acesso a bens fundamentais pode reconduzir o contratante a uma dada esfera de liberdade. Ou seja, como o contrato não apenas seria um instrumento de livre atuação do particular na realização de escolhas mas, também, seria fonte reprodutiva de liberdade.

Ferramenta útil à compreensão do que se está a cogitar pode ser o que Tereza Negreiros denomina paradigma da essencialidade.

A autora assim explica o significado do paradigma da essencialidade:

À luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual.⁵⁵⁴

Embora não se concorde integralmente com as conclusões da autora (sobretudo com a afirmação de que a maior essencialidade do objeto da prestação justificaria maior intervenção, ao passo que a menor essencialidade faria com que os

⁵⁵⁴ NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 380.

contratos devessem ser “pautados por maior liberdade e autonomia”⁵⁵⁵), a atuação jurídica de proteção à pessoa por meio do acesso a bens essenciais pode se articular com a liberdade como efetividade aqui entendida como função.

A ligação entre os conceitos pode se dar por meio de uma questão preliminar: qual seria o critério definidor de um bem como essencial, em termos jurídicos. Pode-se cogitar da conclusão de que essenciais são os bens que oferecem o conjunto capacitatório indispensável a uma vida digna. Em outras palavras, mais do que de bens essenciais, pode-se falar em um dado grau de liberdade como efetividade. É por meio do direito fundamental de liberdade que a essencialidade pode ingressar na seara de relevância do direito.

Explica-se: a compreensão a respeito da liberdade como efetividade (ou liberdade substancial) tal como referida no título I deste trabalho traz ínsita a idéia de que essa liberdade se relaciona com o que se pode denominar de capacidades, ou seja, a possibilidade concreta de se fazer aquilo que se valoriza.⁵⁵⁶

Isso significa que podem ser reputados como essenciais aqueles bens que asseguram um grau de liberdade substancial indispensável para a vida digna, haja vista sua aptidão para assegurar funcionamentos básicos. Há, por certo, diversos graus em que se pode pensar a liberdade substancial, como possibilidade concreta de realização de opções de vida, que dizem respeito desde um conjunto capacitatório elementar (a possibilidade de escolher entre alimentar-se ou não, por exemplo) até capacidades vinculadas a exercício concreto de escolhas vinculadas ao que é supérfluo.

O juízo sobre a essencialidade do bem reside na sua aptidão para gerar e ampliar aqueles conjuntos capacitatórios, e nessa medida aquelas liberdades como efetividade, sem as quais não se pode falar em uma vida digna.

É possível, pois, entender o contrato como instrumento juridicamente destinado (ainda que não exclusivamente) a ampliar o conjunto capacitatório dos contratantes por meio do acesso a bens essenciais. Essa seria uma de suas finalidades intrínsecas.

⁵⁵⁵ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 503.

⁵⁵⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

Remanesce, porém, a dúvida sobre qual grau de liberdade como efetividade atende ao escopo definido acima.

Um critério para identificar qual nível de liberdade como efetividade pode ser reputado como exigível pode ser o recurso aos direitos fundamentais individuais e sociais. A atuação do particular, bem como do Estado-legislador e do Estado-juiz, para, por meio do contrato, assegurar a satisfação de direitos como subsistência (corolário do direito à vida), moradia, educação e saúde é ferramenta de incremento de liberdade como efetividade.

Trata-se de buscar uma incidência dos direitos fundamentais sobre relações interprivadas que não aniquile a liberdade, mas a incremente, em termos de efetividade.

Assim, intervir de modo a assegurar o acesso a bens essenciais é, a rigor, intervir para promover ampliação da liberdade substancial dos contratantes.

Pode-se, é certo, criticar o que se está a desenvolver sob o argumento de que essa incidência de direitos fundamentais importa intervenção legislativa e jurisdicional sobre a autonomia privada

Consiste, entretanto, em restrição à autonomia privada com o fim de realizar liberdade(s). A limitação a uma dada liberdade – e a própria vinculação dos particulares aos direitos fundamentais antes referidos – encontrariam fundamento no incremento de outra liberdade.

Isso não reduz o sentido da liberdade ao mero exercício aquisitivo de bens, ou, menos ainda, ao consumo: revela um direcionamento funcional que o direito ofereceria aos próprios bens.

O fundamento desse direcionamento funcional, como se vê, se dá em termos de ampliação de liberdade(s), notadamente da liberdade como efetividade.

Diversos são os possíveis exemplos a respeito da operatividade dessa dimensão funcional.

Um desses exemplos pode ser a pretensão da denominada Lei do Inquilinato de assegurar uma estabilidade mínima, em termos temporais, para a moradia do locatário em contratos de locação residencial. Os artigos 46 e 47 da lei 8245/1991, que disciplina o contrato de locação de imóveis urbanos, parece bem se enquadrar

nessa lógica pertinente a uma dimensão funcional centrada em um conceito plural de liberdade, repercutindo diretamente na relação entre as partes contratantes (dialogando, nessa medida, com aquilo que pode ser qualificado como uma função social intrínseca do contrato).

As referidas disposições legais dizem respeito à locação residencial, notadamente o seu prazo de vigência. O artigo 46 define um marco temporal como apto a trazer diferentes conseqüências no que tange à extinção do contrato de locação. Tais conseqüências, presentes no artigo 47, consistem, em suma, na restrição à denúncia imotivada de contratos celebrados por prazo inferior a menos de trinta meses (ou por prazo indeterminado). Ou seja: se o contrato for celebrado por prazo igual ou superior a trinta meses, nada obstante a possibilidade de sua prorrogação presumida por prazo indeterminado, a denúncia imotivada será possível em qualquer tempo após a conclusão do prazo determinado originalmente pactuado.

No entanto, se o contrato for celebrado por prazo menor do que trinta meses, ao seu término ocorrerá prorrogação automática por prazo indeterminado, a critério do locatário. Nessa hipótese, a rescisão unilateral por parte do locador, se imotivada, somente poderá ocorrer após a vigência de cinco anos de contrato. Caso pretenda extinguir o contrato antes desse prazo, somente poderá fazê-lo com fundamento em alguma das hipóteses de rescisão motivada ou de resolução previstas no artigo 47.

Tratam-se de normas que, como se vê, visam a estimular o locador a celebrar contratos pelo prazo de ao menos trinta meses. A doutrina aponta como razão justificadora dessa opção legislativa a necessidade de garantir ao locatário esse prazo mínimo para a segurança de sua residência no imóvel locado⁵⁵⁷.

Observe-se que o legislador não definiu um prazo contratual mínimo, de observância cogente, o que poderia ser reputado uma restrição desproporcional à liberdade contratual. Optou por trazer alternativas que, nada obstante as conseqüências mais gravosas para o locador na hipótese de celebrar contrato por prazo inferior a trinta meses (ou por prazo indeterminado), permitem, ainda, a escolha do prazo de contratação. Todavia, precisamente em razão dessas conseqüências mais gravosas, a lei estimula o locador à celebração de um contrato

⁵⁵⁷ Nesse sentido, BITTAR, Carlos Alberto *et al.* **A lei do inquilinato**: anotada e comentada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 76. No mesmo sentido, POPP, Carlyle. **Comentários à nova lei do inquilinato**. Curitiba, Juruá, 1992, p. 142.

que assegure a moradia do locatário por um prazo reputado pelo legislador como razoável para oferecer alguma estabilidade à residência do locatário.

Não há norma igual no que tange ao contrato de locação não-residencial, o que dá razão à doutrina que afirma tratar-se de norma que visa a oferecer segurança à moradia do locatário.

Poder-se-ia afirmar, contemporaneamente, que a norma encontra seu fundamento na realização do direito fundamental à moradia assegurado pelo artigo 6º da Constituição. Embora essa leitura faça sentido hoje, não se ignora que, quando da elaboração da norma, ainda não havia vindo à lume a Emenda Constitucional nº 26/2000, que assegurou expressamente o caráter jusfundamental do direito à moradia. Embora isso não exclua possível caráter do direito à moradia como direito fundamental em sentido material (antecedendo, portanto, a emenda), não havia proclamação formal nesse sentido, o que, ante as divergências a respeito dos critérios definidores de jusfundamentalidade de um direito, poderia permitir reputar como controversa a atribuição desse caráter ao direito de moradia⁵⁵⁸.

Além disso, é de se reconhecer a existência de controvérsias doutrinárias relevantes a respeito da possibilidade de se admitir a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares⁵⁵⁹, sobretudo tratando-se de aplicação direta.

Isso não significa, todavia, que o direito à moradia seja irrelevante para uma compreensão das normas em análise, no que tange à sua fundamentação contemporânea. Não é a “vontade do legislador” que define o sentido a se atribuir à norma, mas a compreensão sistemática do ordenamento aberto, no momento de sua interpretação⁵⁶⁰. Ou seja: na aplicação dessa norma o intérprete deve ter em consideração a norma constitucional que pode servir como seu fundamento, sendo

⁵⁵⁸ Sustentando uma jusfundamentalidade material com base na dignidade da pessoa humana, SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 102.

⁵⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

⁵⁶⁰ Sobre interpretação sistemática, pode-se citar, entre outros, CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

esta o direito fundamental previsto no artigo 6º.

Além disso, a superação de uma relação dicotômica entre direito público e direito privado pode permitir tanto a admissão de uma força irradiadora dessas normas constitucionais (inclusive dos direitos fundamentais sociais) sobre o direito privado, sob o fundamento de que a dualidade não importa em oposição⁵⁶¹, como, de modo mais intenso, a aplicação direta do direito fundamental com fundamento na unicidade do ordenamento jurídico.⁵⁶²

Contudo, a dimensão funcional centrada na(s) liberdade(s) também pode integrar o fundamento dessa passagem do direito social de moradia do âmbito das políticas públicas impostas constitucionalmente para o âmbito das relações interprivadas, de modo a sustentar tanto uma restrição à autonomia privada como do locador como o próprio direcionamento da regra para as conseqüências que dela podem ser esperadas.

O reconhecimento constitucional de um caráter jusfundamental ao direito de moradia permite valorar o grau de liberdade substancial que deve ser minimamente assegurado como prestação exigível em uma relação contratual locatícia. Isto é: garantir estabilidade no exercício da moradia é ampliar o conjunto capacitatório do indivíduo. Em outras palavras: aquele que não tem onde morar, ou não tem sequer uma razoável segurança a respeito de onde poderá residir, tem menores possibilidades de constituição e de realização de suas opções de vida do que aquele que tem atendida essa segurança.

Trata-se de grau capacitatório (como liberdade substancial) que pode ser reputado como indispensável, haja vista seu caráter jusfundamental.

Por isso, pensando-se em termos de proporcionalidade, pode o legislador restringir a autonomia privada do locador visando a assegurar um grau mínimo de liberdade substancial ao locatário como resultado do cumprimento do contrato. Trata-se de medida adequada (pois realiza liberdade, como valor constitucional),

⁵⁶¹ Essa conclusão pode ser obtida com base na doutrina de MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

⁵⁶² Como sustenta Gustavo Tepedino, ao afirmar a superação do debate acerca da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. TEPEDINO, Gustavo. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Revista Trimestral de Direito Civil. n. 35. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2008, p. iv.

necessária (pois a ausência de restrição à autonomia poderia importar em déficit de liberdade do outro contratante), além de ser proporcional em sentido estrito (não importa sacrifício excessivo da autonomia privada em homenagem à relevância da prestação a ser obtida como liberdade substancial).

Não se trata, aqui, cabe observar, de, simplesmente, supor vulnerabilidade do locatário, tratando a liberdade substancial como exercida no âmbito do contrato entre desiguais (até porque em relações locatícias a presunção de vulnerabilidade deve ser encarada *quantum satis*): a questão é de natureza claramente prestacional. Ao assegurar moradia de modo estável por tempo razoável, o contrato de locação residencial proporciona ampliação do conjunto capacitatório do locatário, e, nessa medida, traz prestações de liberdade como efetividade.

Isso permite afirmar que ainda que se admitisse a impossibilidade de o locador ser apontado diretamente como sujeito passivo em relação ao direito à moradia do locatário – sob o argumento de que as prestações de direitos sociais seriam atribuíveis apenas ao Estado -, esse direito à moradia serviria para valorar, com base em critério de nível constitucional, o grau de liberdade como efetividade (substancial) exigível em termos funcionais desse contrato de locação. Não parece absurdo admitir que essa prestação funcional de liberdade(s) integre o fundamento da função social interna desse contrato.

Outro exemplo, em que o critério de valoração do nível de liberdade substancial exigível é a proclamação constitucional de um direito fundamental social, pode residir na disciplina legal dos contratos de plano de saúde, de modo especial pela Lei 9.656/1998.

Embora o contrato de plano de saúde não seja, em sua execução, propriamente um exercício de liberdade substancial, como contrato que é ele não deixa de ser a materialização da liberdade formalmente assegurada. O que o torna peculiar, todavia, como relevante exemplo no âmbito desta tese, é o que ele pode produzir como prestação em sentido funcional. Não se trata, aqui e nem nos outros exemplos, de prestação como objeto da relação obrigacional, mas, sim, como contributo que se destina àqueles que do contrato se beneficiam. Esse contributo não se resume, pois, a um tratamento de saúde.

Pode-se dizer que o plano de saúde enseja, ao assegurar o custeio de

tratamentos e demais elementos que compõem o seu objeto, uma ampliação ou, pelo menos, a manutenção do conjunto capacitatório dos indivíduos destinatários desse objeto. Importa, portanto, a manutenção ou o incremento da possibilidade de o indivíduo realizar “funcionamentos”, no sentido a que se refere Amartya Sen⁵⁶³, sem o déficit de alternativas concretas que a privação de tratamentos de saúde poderia ensejar.

Amartya Sen, vale dizer, define a privação da saúde como causa de déficit de funcionamentos, e, nessa medida, de liberdade substancial, ao explicar que “rendas iguais podem ainda deixar bastante desiguais nosso potencial de fazer o que podemos valorizar fazer. Um pessoa incapacitada não pode realizar funcionamentos do modo que uma pessoa com o “corpo hábil” pode, ainda que ambas tenham exatamente a mesma renda”.⁵⁶⁴

É nessa medida que os contratos de plano de saúde podem ser reputados como dotados de uma dimensão funcional que transcende as prestações de custeio que integram seu dever jurídico, consistindo em contributos em termos de liberdade substancial.

A relevância dos “funcionamentos” que o acesso à saúde propicia justifica a intervenção legislativa em contratos que tenham por objeto a prestação de serviços dessa natureza, sobretudo os denominados planos de saúde. O caráter

⁵⁶³ Conforme descrito na seção 1.5. do título I, funcionamentos em Amartya Sen podem ser compreendidos como o conjunto de coisas que alguém logra realizar. O conjunto de funcionamentos de uma pessoa define a extensão das suas capacidades, na escolha daquilo que se valoriza, permitindo à pessoa definir livremente seu modo de vida.

⁵⁶⁴ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Ed. Record, Rio de Janeiro, 2001. Em artigo em que analisam especificamente a privação de saúde como restrição de liberdade a partir da obra de Sen, Rodrigo Siqueira-Batista e Fermin Roland Schramm entendem que “é crescente a conscientização de que as desigualdades entre ricos e pobres, em relação à saúde – mas não apenas neste ponto – são injustas, uma vez que as disparidades sociais correspondem, obviamente, às limitações e às oportunidades díspares que tem um e outro grupo (Wagstaff, 2002). No atual contexto – explicitado na primeira seção deste ensaio –, pôde-se delimitar o quanto a pobreza e a desigualdade concorrem para reduzir o nível de saúde de um povo (ou de um grupo), e vice-versa – moléstia como mantenedora de mais miséria. Esta retroalimentação espúria denota uma total ausência de liberdade – (in)capacidade – para realizar os funcionamentos mais elementares para um ser humano, tais como se alimentar adequadamente, possuir condições dignas de moradia, ter direito ao trabalho, usufruir de horas de lazer, entre outros”. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. **A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen**. Ciência e saúde coletiva. vol.10, nº 1. Rio de Janeiro, Jan/Mar 2005. Disponível em

http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232005000100020&script=sci_arttext. Acessado em 7 de abril de 2009.

jusfundamental do direito à saúde permite valorar a liberdade substancial e a liberdade positiva a ele propiciadas como dotadas de grau que autoriza afirmar uma intensa incidência da dimensão funcional centrada na(s) liberdade(s) na restrição e, sobretudo, no direcionamento da autonomia privada em contratos da espécie sobre a qual se está a versar.

Após extensa pesquisa jurisprudencial a respeito do assunto, Gabriel Schulman traz algumas conclusões possíveis, que aqui são empregadas como elementos úteis à compreensão sobre como e porque a função como liberdade(s) pode atuar na seara de fundamentação da definição jurisprudencial e legislativa dos baldrames da disciplina jurídica dos contratos de plano de saúde:

*De modo conciso, infere-se: a) com clareza a fundamentalidade material do direito à saúde; b) a incidência do direito à saúde como critério interpretativo dos contratos de medicina pré-paga (tomados aqui como correspondentes aos planos de saúde); c) a relevância das características do contrato de plano de saúde na incidência do direito fundamental, entre as quais: as expectativas dos contratantes, o interesse crescente do contratante, e decrescente da operadora de plano de saúde, o tipo de direito protegido, os efeitos do inadimplemento da contratada; d) haver certos espaços em que as tarefas estatais e os deveres impostos aos particulares que assumem a atividade de prestação da saúde se tangenciam; e) afastamento da figura do plano de saúde em relação ao contrato de seguro.*⁵⁶⁵

A passagem acima transcrita é reveladora da incidência do direito fundamental à saúde, qualificado pelo autor como dotado de “fundamentalidade material”, sobre a relação interprivada em exame, impondo deveres jurídicos aos particulares. Os contributos de liberdade(s) que o atendimento desse direito ensejam para o usuário do serviço podem servir como fundamento para admitir que a restrição ao perfil de liberdade formal que se expressa como autonomia privada se justifica em virtude de uma ampliação global de liberdade(s) para o usuário titular do direito fundamental.

O caráter jusfundamental permite, assim, valorar a liberdade substancial que

⁵⁶⁵ SCHULMAN, Gabriel. **Direito Fundamental no Plano de Saúde**: Do contrato clássico à contratualidade contemporânea. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Curitiba, 2009, p. 230-231.

decorre da garantia dos “funcionamentos” propiciados pelo acesso à saúde, oferecendo a ela maior peso em eventual ponderação (ou, em momento antecedente, demonstrando a idoneidade da restrição à autonomia, na seara de aplicação da proporcionalidade) e, simultaneamente, oferecendo o fundamento para a incidência do direito sobre a relação interprivada.

As prestações funcionais esperadas e canceladas pela ordem jurídica em tais contratos revelam claramente o equívoco da suposição de que a função social se confundiria com ou se subordinaria à função econômica do contrato. Não se pode confundir os limites da viabilidade econômica e a manutenção do nível de custos da atividade privada com as finalidades do contrato.

Versando especificamente a respeito da proteção do idoso e do sentido de solidariedade inerente à modalidade contratual em comento, explica Claudia Lima Marques:

*Só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças. Permitir qualquer tipo de reajuste ou aumento subjetivo e por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças. Permitir qualquer tipo de reajuste ou aumento subjetivo e por sinistralidade (por exemplo: aumento no índice de câncer de uma região) seria injusto e revoltaria os princípios básicos da mutualidade e da solidariedade em que se baseia o sistema. A idéia do plano é justamente transferir este risco de doença para o sistema como um todo, suavizando e solidarizando seu preço, para que seja suportado por todos.*⁵⁶⁶

A solidariedade que aqui se coloca pode ser compreendida como uma interessante prestação funcional que o contrato pode gerar em termos de liberdade não apenas considerando-se um contrato tomado singularmente, mas um conjunto de contratos: trata-se de uma possível demonstração de que também a função social extrínseca pode se fundamentar pela noção de função como liberdade(s), uma vez que o mesmo contributo como liberdade substancial e positiva que um contrato singular oferece para a parte tomadora do serviço, pode ser ensejado para

⁵⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte**: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 208.

os participantes dos demais contratos. Há, reciprocamente, eficácias internas e externas que podem trazer incremento global de liberdade(s) para todos os integrantes do sistema de relações contratuais.

Cabe, entretanto, ressaltar que embora a estrutura de distribuição solidária de riscos seja equivalente à dos seguros, a intensidade da dimensão funcional centrada na(s) liberdade(s) que existe em contratos de plano de saúde é bastante superior àquela que existe em um seguro típico, sobretudo no que tange às prestações de liberdade substancial que advêm da prestação de serviços de saúde. Daí porque é acertada a afirmação de Schulman, antes citada, a respeito de um distanciamento entre a lógica dos seguros e dos planos de saúde. Um elemento compreensivo desse distanciamento reside, como exposto, na dimensão funcional versada neste trabalho.

Evidencia-se, ainda, nessa espécie contratual – como já se pôde observar quando do exame dos contratos de locação residencial – uma possível confirmação do que antes se afirmou: a função (seja em termos de prestação de liberdade(s), seja como função social) não é, propriamente, o limite, mas, sim, o contributo esperado, do qual o limite é, a rigor, um instrumento.

Assim, a contratação compulsória por parte da operadora de planos de saúde, as coberturas obrigatórias conforme padrões de contratação rigidamente definidos em lei, os limites à majoração dos custos para os usuários, os balizamentos e restrições à majoração em virtude de faixa etária entre outros limites à autonomia privada como liberdade formal (restringindo, assim, o espaço de liberdade negativa) vêm, em última instância, como instrumentos aptos à realização das prestações funcionais em termos de funcionamentos (como decorrentes da prestação de serviço de saúde) e, portanto, em termos de liberdade como efetividade (substancial) e liberdade positiva.

O antes citado exemplo atinente à prestação de ensino por instituição privada segue lógica semelhante: a função deve importar ampliação de funcionamentos, e, portanto, do universo capacitatório da pessoa e, por conseguinte, de sua liberdade para definir seu modo de vida conforme o que valoriza e, mesmo, de ampliar o âmbito de valorações possíveis.

Todos os exemplos acima, entretanto, disseram respeito, especialmente, a

opções legislativas. É possível, porém, admitir a dimensão funcional aqui preconizada como apta a uma operatividade levada a efeito pela construção jurisprudencial (ou, ao menos, servindo de fundamento a tal construção).

Colhe-se da jurisprudência alemã interessante exemplo que pode se inserir na lógica funcional aqui preconizada.

Trata-se de caso assim relatado por Joaquim de Sousa Ribeiro:

Estava em apreciação, no caso decidido por uma sentença de 19 de outubro de 1993, que inaugurou uma linha posteriormente seguida em vários outros litígios com idêntico figurino, a validade da fiança prestada por uma filha de 21 anos, para garantia de uma dívida de 100000 DM, contraída pelo seu pai junto a uma instituição bancária. A fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau académico ou preparação profissional, auferindo, como operária, o salário mensal de 1150 DM. A sua queixa teve sucesso, entendendo o 'Bundesverfassungsgericht' que os tribunais ordinários, ao admitirem a eficácia da fiança, tinham violado o artigo 2º, I, da 'Grundgesetz', norma que consagra aquele direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito da fiadora era coarctado pela excecutoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado aos seus rendimentos que importaria sua asfixia económica para toda a vida. Na sua fundamentação, o Tribunal fixa como pressupostos de uma intervenção correctora, através, designadamente, da determinação da ineficácia do acto, a constatação de consequências vinculativas invulgarmente onerosas para uma das partes, em resultado da sua inferioridade estrutural.⁵⁶⁷

O Tribunal Constitucional alemão reconheceu, portanto, a ineficácia da cláusula de fiança, sob o fundamento principal de que ela impedia, no caso concreto, o livre desenvolvimento da personalidade da fiadora.

Leonardo Martins cita os seguintes excertos do acórdão do Tribunal Constitucional:

O contrato de fiança objeto do julgamento do BGH diferencia-se substancialmente de outras garantias de crédito comuns no dia a dia. A reclamante (...) assumiu por meio dele um risco extraordinariamente elevado sem ter com o crédito por esta via assegurado um interesse económico próprio. Desistindo daquelas

⁵⁶⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: _____. Direito dos contratos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 28.

prescrições quase todas dispositivas do BGB, ela responsabilizou-se pelo risco empresarial de seu pai numa proporção que sobrepujou em muito sua capacidade econômica. Era de se prever desde o início, o que fora para a instituição financeira facilmente perceptível, que a reclamante, no caso de inadimplência no pai, provavelmente não seria capaz até o fim de sua vida de se livrar da dívida contraída. Neste contexto, tinha-se que se questionar as condições e razões da realização do contrato, principalmente porque as petições apresentadas pelas partes processuais se concentraram neste ponto. A reclamante demonstrou nas duas primeiras instâncias, (onde as provas são apreciadas, n. trad.) que o banco violou suas obrigações pré-contratuais relativas à instrução do cliente e impôs interesses próprios a partir da inexperiência negocial da fiadora. O Tribunal Superior Estadual acolheu esta tese. Ao contrário, o BGH não viu ensejo algum para o controle do conteúdo do contrato de fiança. A questão sobre se e como ambos os parceiros contratuais puderam de fato decidir sobre o fechamento e conteúdo do contrato não foi levantada pelo BGH. Neste ponto, reside a ignorância da autonomia privada tutelada constitucionalmente.

2. a) Segundo a pacífica jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a conformação das relações jurídicas pelo particular de acordo com a sua vontade corresponde a uma parte da liberdade geral de ação (...). O art. 2 I Grundgesetz garante a autonomia privada como “autodeterminação do indivíduo na vida jurídica” (...). Uma violação da garantia de direito fundamental da autonomia privada pode ser suscitada, quando o problema da ausência de paridade contratual não for, em absoluto, visto ou quando sua solução for tentada com meios inadequados.⁵⁶⁸

A cláusula geral do livre desenvolvimento da personalidade humana, constante da Lei Fundamental Alemã, também está presente no direito português (art. 26º, nº 1 da Constituição daquele país), sendo reputada como uma cláusula geral de tutela da personalidade. Seu caráter, porém, não é apenas estático, pressupondo a liberdade de desenvolvimento da pessoa, como explica Paulo da Motta Pinto:

O direito geral de personalidade é, nesse sentido, “aberto” sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens, e face a renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento: “é, a um tempo,

⁵⁶⁸ MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas.** Disponível em <http://www.ibec.inf.br/leonardo2.pdf>. Acessado às 22h 44 min do dia 30 de março de 2009.

*direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desenvolvimento”.*⁵⁶⁹

Como se vê, nesse direito fundamental encontram-se a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Uma não pode ser pensada sem a outra⁵⁷⁰.

Ao reputar nulo o contrato de fiança, o Tribunal Constitucional alemão impediu que a responsabilidade pela dívida alheia implicasse em aniquilação das possibilidades de vivência da liberdade, de definição de rumos da vida daquela que oferecera a fiança e, nessa medida, de evidente prejuízo à dignidade da pessoa humana. Embora faça referência à autonomia privada, o Tribunal Constitucional não o faz nos termos do que se pode reputá-la como mera materialização de uma liberdade formalmente assegurada pela lei, mas, sim, como verdadeira liberdade substancial e positiva.

A proteção promovida diz respeito, como se observa dos excertos citados, à afirmação de uma responsabilidade de um dos contratantes pela liberdade do outro (no caso, do banco pela fiadora), ao oferecer extensão pouco usual ao sentido que se pode atribuir aos deveres de cautela e de auto-responsabilidade atribuídos ao credor.

Pode-se dizer, em outras palavras, que se impôs uma tutela intersubjetiva da liberdade da pessoa, no caso, a liberdade positiva e substancial (liberdade como efetividade) da fiadora. Essa tutela de liberdade(s) integra uma dimensão funcional do contrato, que pode ser compreendida como fundamento e conteúdo, ainda que

⁵⁶⁹ PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 68.

⁵⁷⁰ É interessante observar como diferentes posições doutrinárias, partindo de pressupostos bastante díspares, acabam por vincular de modo inextricável liberdade e dignidade da pessoa. Maria Celina Bodin de Moraes, com base no personalismo ético kantiano, entende que a liberdade integra o substrato axiológico da dignidade da pessoa humana. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo. (coord) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133). Antônio Junqueira de Azevedo, a seu turno, critica essa dignidade da pessoa pautada no personalismo ético, preconiza uma dignidade fundamentada na condição de ser humano como realidade viva, sob um fundamento biológico, e, ao fazê-lo, insere a liberdade, expressamente, entre os elementos indispensáveis a essa dignidade. (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22).

parciais, de uma função social intrínseca do contrato de fiança.

Evidencia-se, ainda, a rigor, preocupação que pode ser compreendida como pertinente à disparidade no nível de liberdade substancial originário entre o banco e a fiadora, que justifica um agravamento da posição da instituição bancária no que tange aos deveres de cautela e de auto-responsabilidade na celebração do contrato, como decorrência do déficit de liberdade da outra parte.

Nada obstante as peculiaridades ressaltadas pelo acórdão, que fazem do acórdão citado situação que difere, no dizer do Tribunal, “das outras garantias de crédito comuns no dia a dia”, a decisão em tela pode ser um interessante paradigma para se pensar em uma leitura funcional centrada na liberdade.

Em conjunto com o que já foi explicitado no capítulo 2 deste título III a respeito da garantia de um patrimônio mínimo personalíssimo, quiçá seja viável cogitar de uma eficácia da fiança que não conflite com o sentido funcional centrado na(s) liberdade(s): a fiança deve assegurar um crédito, não podendo, entretanto, sob pena de desvirtuamento das funções dos contratos em geral, importar na aniquilação da liberdade do fiador.

Trata-se de reflexão que parece conflitar, ao menos potencialmente, com o sentido que se infere do acórdão proferido no RE 407688 do Supremo Tribunal Federal brasileiro⁵⁷¹. A fundamentação funcional proposta neste trabalho permite cogitar que o eventual oferecimento à fiança de uma eficácia que prive alguém de um patrimônio mínimo personalíssimo⁵⁷² não pode ser compreendido como uma forma de proteção da liberdade dos particulares. A referida decisão do STF, ao contrário, ao negar ao fiador de contrato de locação a proteção legal da impenhorabilidade do seu imóvel residencial, assim o faz com fundamento, entre outros, na liberdade dos particulares, sob a forma de autonomia privada.

Ocorre que a liberdade não se esgota no momento genésico de um contrato, na materialização da autonomia privada formalmente assegurada (defendida

⁵⁷¹ Trata-se da decisão que, por maioria, firmou, no pleno do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que é constitucional o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, que excepciona a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família quanto ao imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

⁵⁷² Foi nesse sentido, diga-se a fundamentação do bem lançado voto-vencido proferido pelo Ministro Celso de Mello. Sobre o tema do patrimônio mínimo personalíssimo, por todos, conforme antes indicado, FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

expressamente em no voto vencedor e naqueles que o acompanharam⁵⁷³), dizendo respeito, também e sobretudo, às consequências concretas do contrato. Em outras palavras, cancelar uma força obrigatória fundada na autonomia privada não significa, necessariamente, prestigiar a liberdade dos indivíduos, uma vez que esta pode ser aviltada gravemente pela consequências materiais de um contrato.

É aí que possivelmente reside o espaço mais relevante para se pensar na função como liberdade(s), ou seja, dos contributos em termos de liberdade(s) que o contrato pode produzir para os próprios contratantes e, até mesmo, para terceiros. Chancelar, em homenagem à autonomia privada, a validade e a eficácia da fiança que gera grave privação de liberdade(s) é negar a proteção do direito fundamental de liberdade e violar uma possível dimensão funcional que, sustenta-se, situa-se nos próprios fundamentos do contrato como instituto jurídico.

Embora não haja na Constituição brasileira uma cláusula geral que expressamente se refira, com essa exata denominação, a um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, é possível afirmar que na conjugação possível entre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de liberdade reside proteção equivalente assegurada no direito positivo pátrio.

Demais disso, para além do texto constitucional, é necessário compreender a dignidade e a liberdade da pessoa como preexistentes à proclamação legislativa ou constitucional⁵⁷⁴: a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico não pode, com efeito, ser pensada como uma simples opção que se expressa em termos formais.

Assim, pode-se encontrar no direito brasileiro fundamento equivalente ao do Tribunal Constitucional alemão para a proteção da liberdade substancial e positiva da pessoa de desenvolver suas potencialidades e efetivar opções quanto ao seu modo de vida, impondo, se necessário, restrição à obrigatoriedade dos pactos (antigo corolário da “autonomia da vontade”⁵⁷⁵).

⁵⁷³ De modo especial os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que empregam a autonomia privada como o fundamento central de seus votos.

⁵⁷⁴ Tanto a fundamentação material dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana (vide citações anteriores de Ingo Sarlet e Vieira de Andrade) quanto nas condições de possibilidade da deliberação democrática (como em Habermas, Jürgen. **Facticidad y validad.**) revelam a antecedência desses direitos em relação à própria deliberação no exercício do poder constituinte ou da criação democrática da legislação.

⁵⁷⁵ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 213-214.

Um exemplo disso, que pode ser recolhido da jurisprudência brasileira, diz respeito à proteção da pessoa em dadas situações de superendividamento. Embora a resposta do Direito frente à obrigatoriedade do contrato não seja tão radical como no citado exemplo da fiança na Alemanha, evidencia-se, em algumas decisões que restringem a eficácia – e mesmo a validade – do pactuado, a proteção do livre desenvolvimento da pessoa. São exemplos jurisprudenciais de uma possível operatividade da função como liberdade(s), que pode residir em seus fundamentos: a restrição aos efeitos jurídicos de um contrato que enseje superendividamento vem em proteção da liberdade positiva e substancial da pessoa que celebra o contrato.

Por superendividamento pode-se entender, na definição de Cláudia Lima Marques, “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos).”⁵⁷⁶

Doutrina e jurisprudência⁵⁷⁷ costumam vincular a proteção ao consumidor superindividado aos deveres laterais impostos pela boa-fé à instituição bancária, dos quais decorrem deveres de informação e esclarecimento, bem como de aferição (como auto-responsabilidade) das condições efetivas do devedor para a celebração do contrato. Ao lado disso, porém, avulta a garantia do mínimo existencial, como explica Cláudia Lima Marques:

Note-se que os tribunais faz pouco consideraram o desconto em folha como possível, mas desconsideraram uma prática que existe na França e que me parece importante mencionar: assim como para os funcionários públicos há que se reservar também para o consumidor um mínimo existencial para viver durante aquele mês, assim no caso de desconto este deve conhecer um limite. O outro aspecto importante é que há uma responsabilidade do Banco ou financeira ao conceder o crédito, que é um dever de informar, de aconselhar o cliente e não de se aproveitar de sua torpeza, analfabetismo ou situação de necessidade. O artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor bem determina que o valor total da dívida deve ser esclarecido e também como serão as parcelas futuras, para

⁵⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo**: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor, ano 14, nº 56, out-dez de 2005, p. 12.

⁵⁷⁷ Também fazendo referência a esses fundamentos, MARQUES, Claudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo**.

*que o consumidor saiba quanto de sua renda está comprometendo. Assim, evita-se que o consumidor assuma um crédito que não terá condições de pagar ou que comprometa a alimentação e o bem-estar de sua família.*⁵⁷⁸

Diversos são os aspectos dessa reflexão que permitem uma análise à luz da dimensão funcional centrada na liberdade(s). Primeiramente, tem-se a referência ao mínimo existencial, como expressão de um patrimônio mínimo personalíssimo, a ser valor juridicamente tutelado em uma relação contratual. Pode-se identificar entre os fundamentos dessa tutela a função do contrato como instituto que deve permitir o exercício, a preservação e o incremento de liberdade(s). A garantia do mínimo existencial assegura a manutenção de um nível essencial de liberdade substancial, uma vez que garante a realização de “funcionamentos” básicos e, nessa medida, a manutenção de um conjunto capacitatório que permita o livre desenvolvimento da personalidade.

Em segundo lugar, tem-se a responsabilidade do fornecedor por esse mínimo existencial. Ela se expressa, em regra, como exposto, em deveres decorrentes da boa-fé. Esta, porém, tem seu conteúdo definido em cada contrato com base na sua finalidade, ou seja, o que se pode esperar como contributo dessa relação contratual. Trata-se, aqui, de compreensão possível sobre o papel da boa-fé na obrigação como processo. O traço decisivo para definir os deveres é, portanto, de caráter funcional. Se o contrato de crédito tem entre suas funções incrementar ou manter níveis de liberdade, propiciando acesso do mutuário a bens necessários à ampliação de seu grau capacitatório, não pode ele implicar consequência inversa, com a eliminação ou redução drástica da liberdade como efetividade do contratante.

A boa-fé instrumentaliza, assim, a função como liberdade(s), que reside no fundamento dessa proteção intersubjetiva que se impõe na relação contratual.

Cabe notar, ainda, que a atribuição desses deveres à instituição bancária deflui da presunção de vulnerabilidade do consumidor realizada pelo legislador, ou seja, uma presunção de déficit de liberdade substancial, que permite uma restrição proporcional da autonomia privada do fornecedor e, mesmo, atribui-lhe deveres em face da necessária preservação da liberdade da outra parte.

⁵⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo**, p. 49.

Revela-se, pois, a operatividade funcional da liberdade como conceito plural tanto no fundamento da base legislativa que presume a vulnerabilidade (déficit de liberdade substancial presumido) como no reconhecimento da impossibilidade de que o contrato contrarie a função de exercício/manutenção/promoção de liberdade (contributos funcionais esperados em termos de liberdade positiva e substancial) e imposição de deveres à contraparte na preservação da liberdade da outra (também como liberdade substancial e positiva, implicando o reconhecimento de que as partes são reciprocamente responsáveis pela(s) sua(s) liberdade(s), uma vez que estas integram a finalidade do contrato).

Em outras situações pertinentes a contratos, nas quais a vulnerabilidade inexistente – e, nessa medida, não há déficit de liberdade substancial – pode haver uma operatividade diversa da função como liberdade(s). Quando há equivalência entre as partes no que tange ao seu conjunto capacitatório, e esse conjunto pode ser reputado elevado, superando consideravelmente o que se poderia qualificar como um mínimo existencial, pode-se entender a materialização da autonomia formalmente assegurada como um efetivo “funcionamento”, e, nessa medida, a autonomia privada pode se encontrar com aquilo que se está a denominar de liberdade substancial.

Isso significa que não há uma oposição necessária e apriorística entre autonomia privada formalmente assegurada e liberdade substancial: o exercício da primeira pode ser uma decorrência da presença da segunda. Nesse caso, como exposto, a materialização da autonomia privada é a realização efetiva de algo que o indivíduo dotado de liberdade (formal e substancial) valoriza, devendo ser tutelada pela ordem jurídica – desde que esse exercício não importe redução radical daquela mesma liberdade substancial que permitiu reputar a materialização da autonomia privada como sendo um verdadeiro “funcionamento”.

As análises formuladas acima poderiam ser levadas a efeito em outros exemplos, que podem revelar as possibilidades de fundamentação do perfil funcional contemporâneo do contrato, pelo que o exame levado a efeito acima não tem, por certo, pretensões exaurientes.

Impende ressaltar que os exemplos acima citados, embora revelem possibilidades da operatividade da função como liberdade(s) (e de eventual viabilidade de identificá-la como um dos fundamentos da função social intrínseca

dos contratos), não implicam a afirmação de que tais conclusões, como opções legislativas ou decisões judiciais, seriam inexoráveis. São, porém, leituras possíveis, que podem admitir resultados diversos conforme os parâmetros de aplicação da dimensão funcional de que se está a tratar, à luz de métodos de aplicação de princípios e, mesmo, conforme a concepção do intérprete acerca da estrutura do ordenamento jurídico e dos limites da atuação jurisdicional.

Isso não invalida, porém, o caráter de fundamentação da função como liberdade(s) frente ao contrato e sua função social (sobretudo intrínseca). Soluções diferentes para as questões acima colocadas podem ser obtidas, desde que dentro de certos limites que residem na base constitucional da dimensão funcional aqui estudada, sem que se deixe de pensar em tais soluções como exercício, preservação e incremento de liberdade(s). Os diferentes modos de se obter prestações de liberdade(s) em um contrato – e as diferentes prestações que podem ser obtidas – não infirmam a tese (antes, a vivificam) de que ele tem por função realizar tais prestações.

A apontada vinculação intrínseca entre função social do contrato e liberdade pode permitir uma análise do artigo 421 do Código Civil, contemplando, inclusive, a difícil questão a respeito dos argumentos que sustentam a necessidade de sua revisão – e, mesmo, que apontam sua inconstitucionalidade parcial. Esse exame é o que se propõe doravante.

3.4 DA POLÊMICA ACERCA DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL: A LIBERDADE CONTRATUAL EXERCIDA “EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO”, E SUA POSSÍVEL RELAÇÃO COM A FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S)

O advento do artigo 421 do Código Civil, ao prever que “a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato” tem despertado acesa polêmica doutrinária, inclusive no que tange à sua possível inconstitucionalidade parcial.

Não se trata de discutir a pertinência da função social perante a ordem constitucional, mas, sim, de definir a respeito do que ela trata, em que seara ela se situa (na seara dos limites ou dos fundamentos).

Cabe notar que o sentido de função-limite (o menos autenticamente “funcional” sentido que se atribui à função) a que se refere a primeira parte do artigo não tem trazido maiores polêmicas, recebendo acolhimento mesmo das posições doutrinárias que participam do embate teórico de que se está a tratar: a discussão mais relevante gira em torno da viabilidade ou não, à luz da Constituição, de se afirmar que a liberdade de contratar é exercida “em razão” da função social do contrato.

O projeto de lei 6960/2002, que visa à alteração do referido dispositivo legal, propõe que a redação da norma passe a ser a seguinte:

“A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Duas são, portanto, as alterações propostas nesse artigo. A primeira diz respeito, como se observa, à substituição da referência à “liberdade de contratar” para a mais adequada “liberdade contratual”, como liberdade de definir o conteúdo do contrato (e não a opção entre contratar ou não). A maior polêmica, porém, reside na supressão da expressão “em razão da função social”. O fundamento constante da justificativa do projeto, pautado nos argumentos de Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, consiste na circunstância de não ser a liberdade de contratar algo que somente existe em razão de uma função social:

Art. 421: A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, objetiva inicialmente substituir a expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão “em razão”. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser.

Em contrapartida, há também posições doutrinárias bem fundamentadas que sustentam a necessidade de manutenção da expressão “em razão da função social do contrato”, afirmando sua compatibilidade com a Constituição.

Entre os argumentos favoráveis à constitucionalidade do dispositivo legal, pode-se indicar a lição de Judith Martins-Costa, que entende a função como algo que delimita intrinsecamente a própria liberdade contratual – e não apenas externamente – e, por isso, pode ser vista como seu fundamento.

É o seguinte o argumento sustentado pela autora:

Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo internamente conformado o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum. Por isso a importância de permanecer, no texto legal, a expressão “em razão” que, infelizmente, alguns doutrinadores cogitam eliminar.⁵⁷⁹

Segundo Judith Martins-Costa, afirmar que a liberdade de contratar deve ser exercida “em razão” da função social do contrato significa, de modo concomitante, “a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra, trans-subjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual”.⁵⁸⁰

Diante dos argumentos opostos esgrimidos pela doutrina, cabe analisar criticamente a controversa disposição legal, de modo a bem compreender seu alcance e refletir sobre os limites e possibilidades de se afirmar a compatibilidade ou não dessa parte final do artigo 421 do Código Civil com a ordem constitucional.

O emprego, na norma, da expressão “em razão de” é, de um lado, revelador de que a função social não pode ser pensada apenas como limite. De outro lado, parece afirmar que a função social residiria nos fundamentos do exercício da

⁵⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009.

⁵⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**.

liberdade de contratar (e da liberdade contratual).⁵⁸¹

Com efeito, o que deflui *prima facie*, dessa disposição legal parece ser o pressuposto de que liberdade e função partem de lugares diversos, devendo, porém, reunir-se mediante a submissão da primeira à segunda.

Essa leitura pode ceder, contudo, quando se compreende que a liberdade referida na norma seria dotada, sobretudo, de caráter abstrato, como expressão da autonomia privada, não esgotando os perfis possíveis da liberdade – sobretudo a liberdade como efetividade. Não se trata de uma liberdade efetiva de contratar, assim compreendida em sentido estrito, mas, sim, de uma genérica liberdade no contrato advinda do princípio mais geral da autonomia privada.

Vale dizer: a liberdade de contratar (assim como a liberdade contratual) são pensadas como expressões da autonomia privada, que, a seu turno, é uma das expressões do direito de liberdade.

Disso se pode extrair uma primeira conclusão: não é a liberdade *tout court* em seu sentido plural que seria exercida em razão da função social do contrato, mas uma sua expressão que parte do perfil abstrato da liberdade, quando da sua passagem para a materialização na celebração do contrato.

Ainda que não se trate de uma pretensão de encontrar na função social o fundamento de todos os perfis de liberdade no contrato, poder-se-ia argumentar que a norma pretenderia fundamentar pelo menos esse perfil formal da liberdade nos contratos, o que poderia conduzir a duas conclusões, ambas em abono à tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal: a) se for possível afirmar que o fundamento da liberdade nos contratos, ainda que em seu perfil formal, seria a função social, então estar-se-ia a destacar essa liberdade do âmbito de expressões do direito fundamental de liberdade, que deixaria de ser seu fundamento; b) se o fundamento da liberdade nos contratos for a função social, então o fundamento

⁵⁸¹ Parte da doutrina distingue a liberdade de contratar da liberdade contratual afirmando que a primeira consiste na liberdade de celebrar o contrato ou dele abster-se, ao passo que a segunda seria a liberdade de definir o conteúdo do contrato. (WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo: RT, 1897, p. 121). Claudia Lima Marques, todavia, conjuga ambos os conceitos na expressão genérica de “liberdade contratual”: “A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005, p. 60-61.

dessa liberdade seria o interesse coletivo, com uma subordinação da própria liberdade do indivíduo ao ente social, com todos os riscos que essa pretensão totalizante acarreta no que tange à submissão da dignidade da pessoa à coesão do grupo social.

Principie-se pela primeira conclusão. Com efeito, identificar a função social como fundamento da liberdade nos contratos poderia significar ou que ela não tem fundamento no direito fundamental de liberdade – o que parece pouco sustentável – ou que a própria liberdade existiria com fundamento em uma função social – o que poderia subtrair o seu caráter jusfundamental. Todavia, não parece ser esse o sentido da norma do artigo 421 do Código Civil.

Observe-se, de início, que, a norma não se refere ao fundamento da liberdade nos contratos em si mesmo – que parece, efetivamente, como exposto, defluir, em última instância, do princípio constitucional da liberdade -, e sim, a um exercício dessa liberdade por meio do contrato. Como exposto, trata-se do momento da materialização da liberdade formalmente assegurada na norma.⁵⁸² Exercer essa liberdade com fundamento em uma dimensão funcional não significa dizer que a própria liberdade perdeu seu caráter jusfundamental. Além disso, afirmar que o momento materialização da liberdade formalmente assegurada pela norma pode ser fundamentado na função social, devendo, pois, ser exercido “em razão” desta, não significa dizer que esse exercício se dê exclusivamente em razão da função social.

Em outras palavras: não é liberdade nos contratos que existe em razão da função social, mas o seu exercício deve ser levado a efeito também – ainda que não exclusivamente – em razão desta.

Pode-se dizer, pois, que a função social definiria um direcionamento para o exercício da liberdade nos contratos, como integrante do próprio contrato – assim como a função da propriedade é integrante desta.

⁵⁸² Não se confunde esse momento, cabe dizer, com a liberdade substancial (ou liberdade como efetividade): por liberdade substancial entende-se, neste trabalho, a possibilidade efetiva de realizar aquilo que se valoriza, ao passo que o momento de materialização da liberdade formalmente assegurada pode se dar mesmo um campo de escolhas extremamente limitadas em termos concretos. Optar pela celebração de um contrato ou pela pactuação de uma cláusula pode não significar, necessariamente, que aquele que contratou tinha outras escolhas em termos concretos senão aquele contrato e aquela cláusula, o que não retira do seu ato o caráter de realização de algo que estava autorizado formalmente pela norma jurídica – e, portanto, é o momento de materialização da liberdade formal, sem ser, porém, necessariamente, liberdade substancial.

Há, porém, mais: pode contribuir para a superação da conclusão preliminar referida mais acima a integração da liberdade como um dos fundamentos da função social.

Integrar a função como liberdade(s) ao fundamento da função social pode conduzir à conclusão de que a liberdade (abstrata) de contratar deve ser exercida (ainda que não exclusivamente) em razão da proteção intersubjetiva e manutenção da liberdade como efetividade.

Essa possibilidade foi mencionada quando do exame do elemento interno da função social do contrato, como espaço privilegiado para a intersecção da função social do contrato com a noção de função como liberdade(s). Quando se admite que os contratos podem ter como função permitir exercício e preservação de liberdade(s) em sua celebração e execução, bem como incrementar liberdade(s) como resultado do atendimento de seu programa⁵⁸³, uma conclusão sustentável é a de que a função como liberdade(s) pode ser fundamento e também, nessa medida, definir um conteúdo para a função social interna. Esta, portanto, consistiria, ainda que em parte, na preservação e no incremento de liberdade(s) dos contratantes.

Nessa perspectiva, afirmar que o exercício da liberdade contratual, como momento de materialização da liberdade formalmente assegurada, deve ser levado a efeito em razão (ou seja, com fundamento), na preservação e no incremento de outros perfis da liberdade dos contratantes, sobretudo a liberdade como efetividade (ou liberdade substancial).

Daí, todavia, seria possível cogitar de uma aparente tautologia, uma vez que estar-se-ia a afirmar que “a liberdade é exercida em razão da liberdade”.

Não existe, porém, esse caráter tautológico, uma vez que: a) o exercício de liberdade a que se refere a norma não esgota os perfis de liberdade, o que significa que não se está a afirmar que o exercício da liberdade formalmente assegurada no contrato tem por fundamento apenas essa mesma liberdade formal; b) a ponderação entre liberdades pode fazer com que haja a prevalência concreta de um perfil sobre o outro importando um direcionamento do exercício da liberdade formalmente

⁵⁸³ A referência, aqui, é à compreensão da obrigação como processo (COUTO E SILVA, Clovis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10-11). O sentido finalístico que é inafastável nessa concepção dinâmica a respeito da relação obrigacional pode ser integrado não só pelo bom adimplemento, mas pela dimensão funcional aqui referida.

assegurada para o incremento de outras liberdades, sobretudo como liberdade substancial; c) não se trata de exercício em razão apenas do fundamento normativo do exercício (autonomia privada), mas em razão de contributos que o exercício pode ensejar, o que permite afirmar que a liberdade atua em dois momentos, ou seja, no momento de fundamentação do direito como princípio e no momento de seu exercício como função.

Essa análise também pode ser apta a infirmar a segunda conclusão preliminar exposta mais acima, ou seja, a afirmação de que o fundamento da liberdade de contratar seria o interesse coletivo e, por isso, na subordinação apriorística da liberdade a um ente totalizante estar-se-ia a identificar uma inconstitucionalidade.

Com efeito, se a função social for pensada apenas com base em um genérico interesse coletivo, e se a expressão “em razão da função social” for pensada como fundamento da própria liberdade, mostrar-se-ia difícil sustentar a constitucionalidade da norma.

Contudo, como exposto, não se pode pensar nessa norma em uma exegese literal, mas, sim, em uma interpretação conforme a Constituição. Afinal, embora não se possa firmar que a liberdade contratual deve ser pensada como fundada na função social, pode-se entender esta função como integrante do próprio contrato, direcionando o exercício, em seu âmbito, da liberdade assegurada formalmente. O direcionamento se dá pela prestação esperada (em termos funcionais), como incremento ou, ao menos, manutenção de liberdade(s) na relação intersubjetiva entre os contratantes – sem descartar interesses de terceiros, ainda que difusos, desde que objetivamente identificáveis como prestações imediatas advindas do contrato.

Vale dizer, a liberdade formalmente assegurada nos contratos não é exercida apenas com fundamento em si mesma, mas, também, com fundamento em outros perfis da liberdade que integram o sentido funcional do Direito Civil e em outros valores jurídicos que não se resumem à liberdade (ainda que com ela possam se relacionar) individual, mas que também possuem status constitucional – podendo remeter-se a uma esfera que extrapola as partes contratantes.

É com base, pois, em um possível repensar do que pode ser reputado como função social externa do contrato e, sobretudo, na proposta que aqui se desenvolve,

com base em uma função intrínseca fundada na função como liberdade(s), que se entende como sustentável a constitucionalidade do artigo 421 do Código Civil, a partir da interpretação conforme a Constituição acima proposta.

4 FAMÍLIA E LIBERDADE: A DIMENSÃO FUNCIONAL DA COEXISTÊNCIA JURIDICAMENTE PROTEGIDA

Pretende-se, neste capítulo, examinar uma possível dimensão funcional do direito de família.

A identificação de funções para a família não é, por certo, algo novo. É característica do modelo jurídico da família no Direito Civil Moderno sua caracterização como o primeiro lugar de disciplinamento individual para a vida social – ainda que essa função disciplinar não se manifeste de modo expreso.

A liberdade não é, porém, historicamente, o *leitmotiv* do tratamento dispensado pelo Direito às relações familiares.

Quando da análise da autonomia da vontade em Portalis, verificou-se que, se esta não era alheia às relações de família, sua repercussão era bastante restrita. Afirma Portalis sobre a necessidade de se assegurar liberdade aos cônjuges no “contrato de casamento”, mas essa liberdade é, sobretudo, patrimonial. Discorre, é certo, sobre a liberdade de se divorciar, defendendo-a com restrições. Mas o discurso moral burguês que limita essa liberdade logo vem à tona, quando afirma a necessidade de que a lei limite as hipóteses de divórcio, sob pena de ofensa aos bons costumes e ao que decorreria “da natureza”. Isso revela uma postura, ainda que aparentemente paradoxal, avessa ao divórcio.

Na relação entre os cônjuges a supremacia do marido também é veementemente afirmada, ainda que sob a justificativa de uma suposta proteção da mulher.

A liberdade não está, pois, na perspectiva funcional da família, que se vincula à reprodução de uma dada moral burguesa e, sobretudo, de um modelo de sociedade.

É o que deflui do famoso discurso de apresentação do *Code*, em parte de sua conclusão, antes citada: o Código visava a unir os costumes à lei e propagar o “espírito de família”, que seria favorável ao espírito de cidadania, uma vez que, assim, os “sentimentos se tornam mais afáveis e se generalizam”. Seria necessário, segundo Portalis, partir de uma base natural para formar os vínculos convencionais,

de modo que as “virtudes privadas” assegurem as “virtudes públicas”. Chega Portalis a afirmar que é a partir da “pequena pátria, a família”, que alguém pode se integrar à grande pátria.⁵⁸⁴

Trata-se, quiçá, do que se poderia denominar, no consciente emprego de um anacronismo, de uma dada “função social” da família, que estaria vinculada à preservação da moral de um modelo definido de sociedade.

Nada obstante a manutenção da referência constitucional da família como base na sociedade, a leitura contemporânea do Direito de Família reconhece que a pessoa não existe para a família, mas a família para a pessoa, conforme a lição de Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz⁵⁸⁵. Daí se pondera se esse caráter emancipatório atribuído à família poderia ser sua “função social” contemporânea⁵⁸⁶.

Propõe-se, pois, esclarecer o sentido que aí se pode atribuir ao social. Sem desprezar o papel que a família pode adquirir na formação para a cidadania – e aqui a referência se dá, sobretudo, aos direitos fundamentais da criança e do adolescente previstos no artigo 227 da Constituição - não se trata de pensar juridicamente a família como instrumento para a sujeição da pessoa de modo a domesticá-la. A função da família residiria no oferecimento do espaço para a autoconstituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir. É na coexistência que pressupõe a liberdade que a pessoa se forma para a convivência social. Trata-se de algo muito diverso do sentido transpessoal que define a família simplesmente como uma

⁵⁸⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

⁵⁸⁵ OLIVEIRA, Lamartine Correa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 11.

⁵⁸⁶ Convém, nesse ponto, recordar a crítica de Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz à concepção funcionalista tradicional: “Em sua versão mais radical, a tendência funcionalista leva à negação do caráter de direito subjetivo aos direitos pessoais de família. Nessa linha de idéias, Silvio Rodrigues afirma: ‘Com efeito, não são poucos os deveres que surgem sob a máscara de direitos’. Os exemplos aduzidos pelo mestre paulista para justificar sua afirmativa são o pátrio poder, a chefia da sociedade conjugal, a tutela e a curatela. Análoga é a posição da doutrina italiana, que utiliza a noção de *officio* para caracterizar as mesma figuras de Direito de Família, opondo por vezes de modo radical a noção de *officio* à de direito subjetivo: ‘L’officio è una funzione, laddove i diritti soggettivi sono libertà’ (...) Em contraposição, afirmamos que os direitos pessoais de família são verdadeiros direitos subjetivos. Gerhuber notara a importância ideológica de tal afirmação, na linha da necessária preservação de um espaço livre ao indivíduo em face da tendência a uma desmedida intervenção estatal”. (OLIVEIRA, Lamartine Correa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**, p. 30 e 31).

instituição cuja manutenção a qualquer custo legitimaria o assujeitamento dos seus membros.

O pensamento de Stuart Mill é, aqui, relevante como fundamentação para um espaço de liberdade negativa em matéria moral, impedindo a imposição pelo Estado de juízos dessa natureza, embora não seja suficiente para, por si só, dar conta da extensão que se pretende atribuir ao valor da liberdade na constituição das relações familiares (e a sua concepção de liberdade positiva é insuficiente para sustentar a proteção jurídica que sobretudo as novas famílias acabam por demandar).

Essa extensão contempla algo que está para além da simples ausência de coerção a definir dadas formas de coexistência como “não proibidas”.

Trata-se, mais do que afirmar a liberdade de fazer escolhas no lugar da não-proibição, de se cogitar de uma “liberdade vivida”, e que é fonte de normatividade⁵⁸⁷ que extrapola a lógica da autonomia privada contratual.

É nessa esteira que a função como liberdade(s), em seu conceito plural, pode servir de fundamentação aos dois princípios mais relevantes para a apreensão jurídica das demandas sociais pela proteção jurídica da(s) nova(s) família(s): o eudemonismo e a pluralidade familiar.

O itinerário de construção do capítulo principia, por tudo isso, com a análise crítica das funções da expressão jurídica da família oitocentista, bem como examina a superação desse modelo e a possível definição de novas funções – propondo que uma dessas funções, quiçá a mais relevante, esteja na proteção e na promoção da liberdade coexistencial (tanto como liberdade positiva quanto na sua expressão de liberdade como efetividade).

Em seguida, será enfrentada a questão atinente à fundamentação funcional do eudemonismo no Direito de Família, o que servirá como instrumento para identificar na função como liberdade(s), sobretudo em seu perfil de liberdade positiva, um fundamento possível para uma leitura do princípio da pluralidade familiar que esteja para além do *numerus clausus*.

⁵⁸⁷ A força normativa dos fatos, tal como definida por Luiz Edson Fachin em Teoria Crítica do Direito Civil está na base dessa leitura a respeito das potencialidades da liberdade positiva como “liberdade vivida”.

4.1 PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DAS FUNÇÕES DA FAMÍLIA ENTRE O *CODE* E O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Talvez a mais explícita manifestação funcional a respeito da disciplina jurídica trazida no *Code* seja atinente ao Direito de Família. Se no tocante à propriedade se ressalta seu caráter absoluto como, superação da(s) propriedade(s) feudal(is), ao contrato se traz o triunfo da autonomia da vontade como instrumento para o que se supunha poderia ser o desenvolvimento econômico⁵⁸⁸, à família se busca trazer a consolidação de valores próprios de um pensamento liberal-conservador⁵⁸⁹.

Se a autonomia formal em um espaço de liberdade negativa – e que, ao ser reconhecida como detentora de normatividade, podia ser compreendida também como liberdade positiva – era marcante nas relações patrimoniais, notadamente a propriedade e o contrato, pouco ou quase de nada de liberdade existia nas relações de família.

O que pode ser qualificado como liberdade na família do *Code* é disciplinado à maneira das relações patrimoniais – especificamente, o casamento como uma espécie de contrato -, em livro destinado à matéria dos modos pelos quais se adquire a propriedade.

A dimensão funcional está toda vinculada à manutenção de determinados padrões morais, próprios de uma burguesia conservadora.

Se a liberdade era o mote no que tange ao patrimônio, o arbítrio era o que marcava as relações de família sob o manto daquele modelo de Direito.

A estrutura hierarquizada da família, a ilegitimidade da prole, as restrições ao divórcio – reputado por Portalis como antinatural, ainda que por ele admitido de modo condicionado – são reveladoras de um padrão de família que não é pensado como um agrupamento que se desenvolve conforme as aspirações dos seus componentes, mas, antes sujeita seus integrantes a uma rígida estrutura centrada nos bons-costumes e em um suposto direito natural.

⁵⁸⁸ Tais caracteres são identificados pelo já citado Alain Sériaux, em **Le Code Civil entre Artisanat et Ideologie**. In: *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*. N. 42. Paris: PUF, 2005, p. 122.

⁵⁸⁹ Nesse sentido, vide NIORT, Jean-François. **Les Portalis et L'Esprit du XIX Siècle**. In: *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*. N. 42. Paris: PUF, 2005, p. 113.

As releituras desse modelo familiar ao longo do século XIX não são mais auspiciosas em termos de liberdade. A concepção de Augusto Comte sobre as funções da família é reveladora de um forte caráter transpessoal atribuído a esse agrupamento social, como uma primeira expressão do agrupamento político e unidade básica da sociedade (ou seja, como seu elemento primário, após o qual formam-se as classes – que seriam os “tecidos” do organismo social – e as “cidades ou comunas, que são seu verdadeiros órgãos”:

A verdadeira unidade social consiste, por certo, unicamente na família, pelo menos reduzida ao par elementar que lhe constitui a base principal. Esta consideração fundamental não deve somente ser aplicada neste sentido fisiológico, de que as famílias se tornam tribos, como estas nações; a tal ponto que o conjunto de nossa espécie poderia ser concebido como o desenvolvimento gradual de uma família primitivamente única, se as diversidades locais não opusessem obstáculos a tal suposição. Devemos, pelo contrário, encarar sobretudo esta noção do ponto de vista político, nisso que a família apresenta espontaneamente o verdadeiro germe necessário das diversas disposições essenciais que caracterizam o organismo social.⁵⁹⁰

Décadas antes, Hegel pensava a família como uma primeira raiz moral do Estado – que, a seu turno, seria, para o autor, o lugar da “verdadeira liberdade”. Como descreve Marcuse:

Ela forma as características por meio das quais o indivíduo pode tornar-se membro do Estado como moralidade “objetiva”; ela é a primeira forma imediata e natural da universalidade objetiva, na qual a “singularidade objetiva” é superada, o “espírito moral” imediato e natural.⁵⁹¹

Trata-se, como exposto, de uma liberdade que, em última instância, só se realiza no lugar metafísico do Estado hegeliano (nada obstante o autor o qualifique como real e histórico).

⁵⁹⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. (org.) FERNANDES, Florestan (coord). **Comte: Sociologia**. São Paulo: Atica, 1989, p. 113.

⁵⁹¹ MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Zahar: Rio de Janeiro, p. 110.

A rigor, cogitar de espaços relevantes de autoconstituição nessa família oitocentista, seja ela pensada nos termos do idealismo hegeliano, do positivismo comtiano ou do jusnaturalismo que serve de base à elaboração do *Code*, é algo que não permite obter resultados auspiciosos.

No âmbito estrito da codificação civil, o único sentido de liberdade que, como exposto, avulta na própria inserção estrutural da matéria familiar no *Code*, é a autonomia privada daqueles que optam pela celebração do “contrato” de casamento, como uma liberdade que, conforme se infere, é pensada a partir de categoria patrimonialista.

Trata-se de uma liberdade que é transportada do patrimonial para o existencial sem mediações, e que se restringe a um perfil negativo e formal. Como se observa, é algo bastante diverso da liberdade plural a que se refere este trabalho, que não parte do patrimonial para o existencial, mas, antes, visa a superlativizar este último ante o primeiro, por meio de ressignificações possíveis de um conceito outrora cativo a um lugar patrimonial que, contemporaneamente, não pode ser visto sequer como seu *locus* privilegiado.

É conhecida, porém, a repercussão que esse modelo jurídico de família como lugar da não-liberdade acaba por ensejar no direito brasileiro.⁵⁹² Contudo, apesar da influência teórica do direito europeu continental, é fruto, também, da formação histórica da família das elites brasileiras do século XIX⁵⁹³, ao menos que tange aquilo que se reputava nesse estrato social o modelo da “boa-família”: exclusivamente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, transpessoal.⁵⁹⁴

⁵⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61.

⁵⁹³ Permitimo-nos transcrever: “A família das elites brasileiras em fins do século XIX e início do século XX não é, por óbvio, retrato de evolução da família romana: é fenômeno de caracteres muito próprios, historicamente aferíveis, que produz seu regramento à luz de seus próprios valores no Código Civil de 1916. Assim procede por meio da releitura, conduzida por uma dimensão axiológica presente à época – mais especificamente, do século XIX –, de um modelo construído e compilado sobre realidades históricas completamente diversas, mas cujos significantes bem se enquadram, à luz de uma análise ideológica do devir histórico, ao modelo presente nas elites brasileiras que constroem a codificação. E essa família da elite oitocentista brasileira que faz do Código Civil auto-retrato de seu modelo ideal é exclusivamente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, transpessoal e, ainda, com alguns traços residuais de uma família extensa”. (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: Da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 153-154).

⁵⁹⁴ Leila Barsted assim descreveu, antes da Constituição de 1988, o modelo legislado da família no Brasil do início do século XX: “No Brasil, o discurso legal sobre a família é extremamente

Trata-se de um modelo voltado para o século anterior: essa família legislada na codificação de 1916 guarda, a rigor, o resultado da formação histórica própria do modelo oitocentista, com suas funções de transmissão de *status* e de patrimônio.⁵⁹⁵ Trata-se do que Ângela Mendes de Almeida denomina de “europeização do costumes”, com a formação de uma “família burguesa”, mas com a manutenção do patriarcalismo⁵⁹⁶. Esta não é, como se poderia pensar, uma característica exclusivamente colonial.

Esse modelo brasileiro do século XIX (que se reflete na codificação de 1916), apesar de partir de uma formação histórica diversa, não conflita com os caracteres da família nuclear européia do século XIX, em que o lar, supostamente compreendido como um espaço essencialmente privado, acaba por conhecer uma ampliação da autoridade dos pais sobre os filhos e do marido sobre a esposa.⁵⁹⁷

O que, em sentido bastante semelhante, Orlando Gomes designa, com base em Pontes de Miranda, de “privatismo doméstico”⁵⁹⁸, pode ser compreendido como apenas um aspecto do paradoxo que marca o modelo em que se erige disciplina jurídica da família no Código Civil de 1916. Se a hierarquização centrada na figura do pai pretendia afastar a intervenção do Estado-juiz na definição dos rumos da família (o homem define o domicílio, tem a primazia da definição da educação dos filhos, autoriza ou não a esposa a exercer profissão etc).

Ao mesmo tempo, porém, a intervenção legislativa é maciça: a própria definição do patriarcalismo como traço institucionalizado mais marcante do tratamento jurídico da família é medida profundamente intervencionista, que define

reducionista; nele só está presente o modelo da família patriarcal, monogâmica e nuclear, atravessando as épocas e as mudanças sociais. Essa característica do direito que ‘fala’ sobre a família tem persistido tanto nos momentos de autoritarismo político quanto nas fases intermediárias de democracia. Analisar essa permanência torna-se um exercício interessante, em particular para se ressaltar o modo como o discurso legal convive com a diversidade concreta das famílias”. (BARSTED, Leila. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Tempo e Espaço/UFRJ, 1987, p. 103).

⁵⁹⁵ Nesse sentido: MELLO, Evaldo Cabral de. O fim das casas-grandes. In: NOVAIS, Fernando. **História da vida privada no Brasil**, v.2: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 388.

⁵⁹⁶ ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: ____ (coord.) **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ, 1987, p. 62.

⁵⁹⁷ POSTER, Mark. Teoria **Crítica da Família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 188.

⁵⁹⁸ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006.

no que há de estrutural a natureza dos laços familiares pretendidos pelo modelo legislado.

A unicidade de modelo familiar é medida de intervenção que, a rigor, elimina opções por outros modelos de família, ao menos no que tange a uma liberdade juridicamente protegida. A proibição do divórcio restringe de modo radical as possibilidades de vivência da liberdade coexistencial, impondo a manutenção, ainda que artificial, do vínculo conjugal, que não raro representava os despojos insepultos de uma família que não mais existia – pois a liberdade de amar nem sempre se deixava tolher pelo autoritarismo do jurídico, e se desenvolvia à sua margem, e sem sua proteção. A liberdade era, nesse sentido, marginal ao direito, situava-se no lugar do não-jurídico, que para ela fechava os olhos – ou a ela impunha juízos de desvalor.

O estatuto da filiação “dos filhos que não eram filhos”⁵⁹⁹, seja pela presunção de paternidade qualificada pautada na legitimidade do casamento, seja (com fundamento nessa mesma legitimidade), na impossibilidade de reconhecimento de alguns dos filhos que não eram havidos sob as bênçãos das justas núpcias, era também traço revelador do autoritarismo do suposto “privatismo doméstico” - autoritarismo que não se exerce apenas *interna corporis*, no exercício dos poderes do *pater*, mas que a ele também se impunha externamente, por meio da lei.

Todo esse caráter autoritário que se apresenta na legislação põe em xeque a primazia do “privatismo doméstico”, para revelar funções institucionais que se dirigem para fora do núcleo familiar, ainda que se forjem dentro dele. Tais funções institucionais como transmissão de *status* e de patrimônio podem ser identificadas como marcantes de um modelo jurídico de família em que a liberdade ocupa lugar secundário.

Sem embargo disso, o século XX foi um momento marcante na fragilização das funções institucionais da família (ainda que sem a sua eliminação), trazendo em seu lugar funções vinculadas ao desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

A conhecida metáfora de Michele Perrot sobre “o nó e o ninho”⁶⁰⁰ é bastante

⁵⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 43

⁶⁰⁰ PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Veja 25 Anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81

apropriada para permitir a compreensão dessas transformações.

Com efeito, o discurso da decadência da família que marca as transformações pelos quais ela passa ao longo dos séculos é revelador, a rigor, não do fim da família, mas do próprio transcurso da família em que os nós são retirados, mas o ninho permanece.

É bastante emblemática a compreensão a respeito dos “nós”. O ninho repleto de nós pode ser representativo da família em que a liberdade dos seus componentes não é uma preocupação efetiva. O incremento da liberdade se verifica na constatação de que se vão os nós, permanecendo o ninho como espaço de afeto e entreatada⁶⁰¹ – e, por que não dizer, de liberdade vivida, como desenvolvimento da subjetividade.

Um juízo de valor bastante diverso do discurso da decadência acerca das transformações na família desde o medievo, passando pela formação oitocentista até a contemporaneidade é o levado a efeito por Edward Shorter, quando faz referência ao que denomina de “maus velhos tempos”.⁶⁰²

A narrativa do autor a respeito da opressão no âmbito da família e, sobretudo, da incidência de poderes sociais sobre esta e os indivíduos que a integram em momentos históricos anteriores ao século XX é reveladora de que a liberdade não era o traço mais relevante quando se trata das relações familiares pertinentes àqueles períodos pretéritos.

Não se olvida, é certo, que a família contemporânea ainda guarda funções que não trazem a pretensão imediata de incremento de liberdade. Além disso, não se pode desprezar a incidência concreta dos discursos que difusamente constituem redes de poder que assujeitam os indivíduos nas suas relações sociais, entre as quais estão as relações familiares.

No âmbito do tratamento jurídico da família, seria um equívoco supor a prevalência irrestrita de um princípio da liberdade. Não se pode supor contemporaneamente, por exemplo, na relação paterno-filial, a supressão de alguma

⁶⁰¹ CARBONERA, Silvana. O papel jurídico do afeto nas relações de família, p. 273-315, 1998, In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-315.

⁶⁰² SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terra-mas, s.d., p. 253.

sujeição dos filhos à autoridade dos pais. Esta, todavia, também não pode ser pensada como poder arbitrário, donde se pode extrair um possível sentido vinculado à liberdade também no exercício da autoridade parental na disciplina jurídica da família dos séculos XX e XXI, que será mais adiante examinado.

Reitere-se: contrapor os modelos anteriores, em que a liberdade não era traço relevante para se pensar a família (e para oferecer a ela tratamento jurídico) não significa que a disciplina jurídica da família do século XXI possa ser pensada apenas em termos de liberdade. Entretanto, ainda que não se possa supor a constituição do indivíduo à margem da rede de poderes sociais que integram a sua constituição, é certo que a ampliação de espaços de autoconstituição da pessoa importa uma ampliação da liberdade. E esses espaços são muito mais marcantes no século XX do que em períodos anteriores.

As transformações sociais que, ao longo do século XX, conduziram a uma emancipação crescente da mulher, ensejaram a denominada revolução sexual e culminaram com movimentos de reconhecimento de certos direitos das minorias (notadamente os homossexuais) alteraram o perfil da família como fenômeno concreto, impondo transformações também no seu perfil jurídico⁶⁰³. Implicaram, também profundas mudanças em suas funções.

Como antes explicitado, essas transformações funcionais não eliminam espaços inevitáveis de sujeição, sejam eles incorporados ao direito, sejam eles situados à margem deste.

Nada obstante isso, a “nova” família não mantém a mesma concepção institucionalista funcionalmente vinculada em períodos anteriores a um caráter político ou a uma compreensão econômica que a transformava em célula de produção. A passagem da família-totalidade que se sobrepunha aos seus componentes para a família-feixe de relações que coloca as aspirações coexistenciais dos seus componentes acima do “todo” institucional - e que é apreendida normativamente, sobretudo pelo tratamento constitucionalmente oferecido a essas relações – modifica o destino das próprias prestações funcionais que se espera da família.

⁶⁰³ De modo mais abrangente, MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Como ensinaram Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Muniz⁶⁰⁴, com base em André Michel⁶⁰⁵, a pessoa deixa de existir para a família, sendo que é a família que passa a ser pensada como um instrumento para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial.

É no âmbito dessa mudança que pode residir uma nova dimensão funcional centrada na liberdade como noção plural.

Essa liberdade se apresenta, sobretudo, como liberdade positiva. Trata-se da liberdade vivida na coexistência, na definição dos rumos da vida da pessoa em relação, como espaço de efetiva autoconstituição. Essa liberdade positiva será objeto de análise mais adiante, quando se estiver a tratar da pluralidade familiar.

Não se olvida, porém, da liberdade como efetividade, sobretudo no que tange ao estabelecimento de deveres da família frente à criança e ao adolescente: prover educação, saúde, alimentação, cultura, dignidade, entre outros direitos fundamentais, nos termos do artigo 277 da Constituição, é, também assegurar liberdade substancial, ampliar o conjunto capacitatório individual. Permite-se à criança e ao adolescente, no exercício do direito fundamental à convivência familiar, fazer dessa coexistência instrumento para a livre busca de sua felicidade – o que, por evidente, não significa suprimir a autoridade parental, elemento essencial para a satisfação dos direitos fundamentais acima referidos.

O próprio exercício dessa autoridade parental, sem embargo, pode ser pensado também – mas, obviamente, não de modo exclusivo - como um exercício de liberdade. Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Muniz ensinam que educar os filhos é, também, um direito subjetivo vinculado ao livre desenvolvimento da personalidade. Se é a pessoa do filho que deve ser compreendida como o destinatário principal da proteção jurídica, não se nega, portanto, a pertinência também para quem educa de uma função da autoridade parental que também passa pela liberdade, embora, por evidente, nela não se esgote.

Na relação paterno-filial reside, como se vê, a demonstração mais evidente da

⁶⁰⁴ OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 7.

⁶⁰⁵ MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie du Droit**: réformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975. t. 20, p. 131.

impossibilidade de se pensar uma dimensão funcional unitária para a expressão jurídica do fenômeno familiar. Se a função como liberdade(s) permeia também a autoridade parental, não se pode deixar de ter em conta que, como autoridade que é, ela implica uma óbvia restrição imediata à liberdade negativa dos seus destinatários.

A dialética desse exercício é bem identificada por Luiz Edson Fachin:

*Em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, cujo sentido, como registram Lamartine e Francisco Muniz foi expresso em livro publicado na então Alemanha Oriental: “O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho”.*⁶⁰⁶

Já se cogitou que no exercício dos deveres de cuidado pertinentes a essa autoridade os pais exercem uma liberdade limitada, que é, aliás, reveladora de quão artificial pode ser estabelecer uma oposição radical entre liberdade positiva e negativa: no limite ao exercício, define-se um espaço de liberdade negativa, dentro do qual, porém, é possível definir uma normatividade auto-imposta, que não deixa de ser um exercício de liberdade positiva.

Também se fez menção à ampliação da liberdade substancial dos filhos, que ao receberem cuidado, educação, satisfação de suas necessidades vitais, têm ampliado seu conjunto capacitatório, e, portanto, sua liberdade substancial.

Essa liberdade, porém, ante a inevitável sujeição que se impõe pelo estatuto da incapacidade civil – que deve, por evidente, ser compreendida em seu sentido protetivo de base constitucional, e jamais como legitimação da conversão da pessoa em objeto – é, sobretudo, pensada em termos uma liberdade que tem seu efetivo exercício protraído.

A inevitabilidade (e a exigibilidade) da limitação das escolhas exercitáveis pelos filhos menores conforme seu grau de capacidade (como capacidade de exercício, em sentido jurídico) – e, nessa medida, conforme o grau de proteção a que têm direito – insere-se na necessidade de se pensar as funções jurídicas da

⁶⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 264.

família em relação às crianças e aos adolescentes como vinculadas também a um desenvolvimento de suas aptidões na conformação dos vínculos sociais de coexistencialidade para além da comunidade familiar. A questão é que essa compreensão – que inclusive é constitucionalmente proclamada – de uma família “base da sociedade”, que poderia ser pensada em termos comtianos, deve ser levada a efeito, contemporaneamente, diversamente do que se pode supor com fulcro no pensamento do sociólogo e filósofo oitocentista. Deve-se compreendê-la como base de uma sociedade “livre, justa e solidária”.

Sendo uma sociedade livre, a formação dos indivíduos na sujeição familiar para efeito de propiciar a conformação de vínculos sociais deve ser pensada coerentemente com a garantia de espaços de autoconstituição.

Esses espaços devem existir mesmo na sujeição à autoridade parental, que, como exposto, não se confunde com poder arbitrário, consoante ensina Ana Carolina Brochado Teixeira:

*Muitas vezes, portanto, a supressão da liberdade é salutar, pois visa a um interesse maior, à edificação de alguns conceitos e valores de modo a possibilitar a autonomia, mediante o crescimento do discernimento.*⁶⁰⁷

Isso é revelador da dialética a que a própria dimensão funcional da expressão jurídica da família se submete: é na tensão entre liberdade(s) e autoridade que se desenvolvem as prestações que a família pode oferecer aos seus integrantes quando se trata da relação entre pais e filhos.

Do que se explicitou até aqui, pode-se concluir que pensar a expressão jurídica da família como dotada de uma dimensão funcional centrada na(s) liberdade(s) não é, nem pode ser, pretender um absolutismo funcional, em que tudo se reduz a fundamento e finalidade únicos.

Também se pode concluir que a função centrada na liberdade não pretende reduzir a família a um exercício individualista de autonomia privada. Não se trata,

⁶⁰⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 212. Também sobre o tema, SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 194 e ss.

pois, de uma tentativa de recondução a um conceito contratualista de família, mas, sim, de uma liberdade que se manifesta e se constrói no viver – e não, simplesmente, na gênese formal de um modelo unitário de família por meio da categoria abstrata do negócio jurídico.

Situa-se a proposta da tese, ao contrário, em uma seara claramente vinculada a uma primazia da pessoa, coerente com o que se pode denominar de repersonalização das relações de família⁶⁰⁸, situada no âmbito da coexistencialidade, do compartilhar e construir em conjunto o mesmo “ninho”.

A partir dessa identificação do “lugar teórico” onde se situa a função como liberdade(s), cabe compreender a base dogmática em que pode se assentar essa dimensão funcional. Isso será levado a efeito mediante a análise do perfil constitucional da família no direito brasileiro, sobretudo no que tange à apreensão, desde 1988, do caráter eudemonista de que se reveste a família contemporânea como realidade pré-jurídica. É o que se verá a seguir.

4.2 “EUDEMONISMO” E A FUNÇÃO DA FAMÍLIA CENTRADA NA LIBERDADE

A transformação funcional na expressão jurídica da família tem como ponto de partida a apreensão, pelo Direito, de característica marcante da família como realidade histórica, sobretudo na segunda metade do século XX.

Trata-se da passagem da concepção institucionalista de família, cuja dimensão funcional conduzia à conformação de modelos autoritários e centrados na estabilidade do ente familiar para uma família em que prevalecem as aspirações coexistenciais, tendo como *leitmotiv* o afeto.

Se é certo que o “ser” da família não encontra no afeto, mesmo contemporaneamente, seu único cimento, a compreensão de que ele é um dos elementos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares traz relevantes subsídios para uma nova configuração de um “dever-ser” da família que apreende a relevância da afetividade, de modo coerente com uma “repersonalização” dessas relações.

⁶⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 24, p. 136-156, 2004.

Pode-se entender que essa compreensão diferenciada sobre uma família que não encontra fundamento em si mesma - e com funções vinculadas à sua própria reprodução -, mas, sim, busca seu fundamento na formação de vínculos de afeto - e, nessa medida, abre-se a novas possibilidades funcionais, sendo compreendida, inclusive, como meio no qual as pessoas buscam sua felicidade coexistencial -, constitui o que se costuma denominar de família eudemonista.

A primeira referência à concepção eudemonista de família no Direito Brasileiro se deve, provavelmente, a Lamartine Correa de Oliveira e a Francisco Jose Ferreira Muniz⁶⁰⁹, ao citarem artigo de André Michel⁶¹⁰, em que este afirma que na contemporaneidade a pessoa deixa de se pensar como existindo para a família, mas, ao contrário, compreende a família como algo que existe para o seu desenvolvimento pessoal. Trata-se de reconhecer a superação do sentido transpessoal da família, para dar lugar a uma dimensão coexistencial em que a família se torna o lugar da busca pela felicidade.

Nas palavras de André Michel, “o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal”.

Na seqüência do desenvolvimento doutrinário sobre o tema, Luiz Edson Fachin⁶¹¹ enfatiza esse sentido de superação ao mesmo tempo em que faz do eudemonismo uma concepção claramente coexistencial – o que, poderíamos afirmar a parte dessa premissa, não permite confundi-lo com um individualismo hedonista.

Diante das concepções acima indicadas, algumas considerações já podem ser realizadas a respeito do sentido da interlocução possível entre função como liberdade(s) e eudemonismo.

Uma questão relevante diz respeito à definição do sentido que a “busca pela felicidade” deve receber. Por evidente não se pode pensar no Direito como artífice da felicidade individual. Trata-se, a rigor, de se pensar em instrumentos jurídicos que protejam a possibilidade de que as pessoas possam livremente buscar essa

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Lamartine Correa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 7.

⁶¹⁰ MICHEL, André. Modèles Sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie du Droit**. Reformes du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975, t. 20.

⁶¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Curso de Direito de Família**.

felicidade.

O valor atribuído a essa liberdade pelos indivíduos e os rumos a que essa liberdade acaba por conduzir não são direcionados pelo jurídico. A este cabe, porém, oferecer instrumentos para que o exercício da liberdade não seja a aniquilação da liberdade e da dignidade do outro. Ao cancelar exercícios de liberdade positiva e reconhecer a normatividade que dali emerge, o Direito pode estar a oferecer a resposta possível à frustração do caminho coexistencial de busca da felicidade. Caminho esse que, nem por isso, pode deixar de ser reputado livre.

O término da conjugalidade pode ser visto como a não realização da felicidade naquela relação conjugal, e, ao mesmo tempo, não pode ser apreendido pelo Direito como a cessação das possibilidades de aqueles indivíduos buscarem, cada qual por seus próprios caminhos, a realização de suas aspirações existenciais – mesmo que isso conduza a novas frustrações.

Não se trata, como se vê, de papel paternalista: trata-se de reconhecer a liberdade vivida até aquele ponto de ruptura da conjugalidade, cancelar aquela liberdade na normatividade por ela engendrada – e, portanto, nas legítimas expectativas que ali se constituíram -, oferecendo respostas jurídicas coerentes com essa (con)vivência (seja ela no âmbito de uma família matrimonializada, de uma união estável, de uma união homoafetiva, de uma conjugalidade recomposta ou, mesmo, com os devidos balizamentos, de famílias simultâneas).

Nem sempre será o *a priori* da regra a oferecer essas respostas: elas devem ser construídas conforme o que de liberdade se pôde identificar no curso da (con)vivência. Na sua chancela, como liberdade juridicamente protegida, confirmam-se os efeitos dela esperados (existenciais ou patrimoniais, o que pode trazer conseqüências atinentes ao regime de bens, aos alimentos e, mesmo, a regimes de guarda e visitas de filhos, desde que de modo coerente com o melhor interesse destes).

Ao mesmo tempo em que o jurídico recolhe aquela liberdade pretérita e a protege, traz prestações possíveis em termos de liberdade futura, seja pela garantia jurídica de tutela de futura tutela da (con)vivência familiar, seja, quando for o caso, pela garantia de meios que assegurem liberdade substancial – por meio dos alimentos, por exemplo.

Daí se pode inferir que o eudemonismo, efetivamente, não se confunde com um exacerbado individualismo: a solidariedade familiar, como alteridade, é indissociável da concepção eudemonista tal como apreendida pelo direito. A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza – e, nessa medida, buscar livremente sua felicidade – é, como exaustivamente exposto, coexistencial.

Isso não significa supor que a liberdade sempre seja a marca da manutenção da coexistência que, em dado momento, deixa de existir. Eventual déficit de liberdade deve ser aferido pelo Direito, na definição dos efeitos jurídicos que podem defluir de arranjos familiares, de modo que a chancela jurídica de uma dada relação familiar não seja o reverso da(s) liberdade(s) que integra(m) sua dimensão funcional.

A vivência familiar regida pela opressão de um cônjuge/companheiro pelo outro não pode ser compreendida como um exercício de liberdade positiva coexistencial, o que limita as possibilidades de reconhecimento de uma normatividade decorrente do caso concreto. De outro lado, contributos que preservem ou restitua em termos efetivos a liberdade tolhida podem ser esperados como respostas funcionais a serem oferecidas pelo tratamento jurídico da família, de modo coerente, portanto, com a concepção eudemonista.

É desse modo que se pode desenvolver uma conexão entre eudemonismo e liberdade, de modo a revelar como a busca coexistencial da felicidade pode ser assegurada pelo Direito por meio do reconhecimento, pelo jurídico, da relevância funcional da liberdade.

Não se trata, como se vê, simplesmente, da liberdade negativa antes criticada (como liberdade de se “auto-excluir” da esfera de proteção jurídica), mas, ao contrário, uma liberdade positiva de autoconstituir-se nas relações familiares.

Em outras palavras, o princípio eudemonista encerra segundo a tese que se está a defender, a função como liberdade(s): consiste no reconhecimento de que a função do Direito de Família pode ser pensada, ainda que não exclusivamente, como a de assegurar a liberdade para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial.

Trata-se de fundamentar a apreensão jurídica do eudemonismo por meio da liberdade, oferecendo a ele um conteúdo que não possa se confundir com qualquer espécie de neoindividualismo nem retorne à abstração do modelo transpessoal.

Não é demais reiterar que a instância na qual essa reflexão se insere é a do Direito. Não se está, portanto, a cogitar de funções latentes que a família possa realizar no âmbito do “ser”, o que seria papel mais adequado a uma análise sociológica. O que se está a afirmar como sustentável é que o “dever-ser” sobre a família detém dimensão funcional que pode ser compreendida em termos de liberdade(s). A realidade da sujeição possível é, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, dado que ao invés de infirmar essa proposta de fundamentação funcional, acaba por confirmar sua relevância, de modo coerente com um modelo de direito que, embora se abra para a realidade, não define seu dever-ser exclusivamente a partir dela. Não se trata, portanto, de definir um “dever-ser” funcional que se origina servilmente da dimensão funcional do “ser”, mas que toma este último como ponto de partida para aferir as possibilidades do próprio direito e, também, do que se demanda do jurídico como instrumento de tutela do valor da pessoa humana.

Se uma dada família tomada como relação materializada pode ser dominada pelo autoritarismo, pela violência ou pela desigualdade, é papel da família-expressão jurídica, na efetividade de sua disciplina normativa, produzir prestações concretas que podem ser pensadas em termos de liberdade(s), precisamente como oposição àquilo que, residindo no real, conflita com a dimensão funcional do dever-ser situado em um modelo de direito democrático e centrado nos direitos fundamentais.

É daí que emerge a conexão possível que se está a sustentar. A enunciação formulada ao início deste título III é possível pela apreensão jurídica do sentido eudemonista de família, que permite pensá-lo como princípio. Nessa esteira, a família em seu tratamento jurídico tem por função propiciar o exercício, a manutenção e o incremento de liberdade(s).

Por “propiciar liberdade(s)” deve-se entender não apenas a não imposição da mácula da ilicitude sobre opções de vida coexistencial, mas, sobretudo, reconhecer a normatividade que emerge da liberdade vivida. A construção concreta da vida familiar enseja compromissos mútuos (e tácitos) entre seus integrantes, que constituem ao mesmo tempo o cimento e o móvel que mantém as pessoas livremente unidas. Trata-se de uma verdadeira liberdade positiva que não se confunde com a autonomia da vontade formal, expressa contratualmente, mas de algo que se constitui na vivência livre, e que gera uma normatividade no âmbito

dessas relações.

A base normativa dessa concepção reside no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição: “§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”⁶¹²

Está aí a definição expressa do destinatário da dimensão funcional centrada na liberdade: nem a família como instituição nem a sociedade como totalidade, mas, sim, cada uma das pessoas que integram a comunidade familiar.

Chancelar a concepção eudemonista é proteger juridicamente essa liberdade positiva, como liberdade vivida, por meio do reconhecimento da normatividade que dali emerge – ou seja, trazer as opções livres de vida familiar para o âmbito do direito, independentemente de modelos jurídicos apriorísticos.

4.3 DA PLURALIDADE FAMILIAR ENTRE LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA (OU, DE COMO A LIBERDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA E DE SE AUTOCONSTITUIR NA FAMÍLIA DEVE SER JURIDICAMENTE PROTEGIDA)

O que já se examinou nas seções anteriores permite chegar a uma conclusão relevante a respeito do papel da liberdade no direito de família: a liberdade negativa é insuficiente para dar conta da dimensão funcional contemporânea da família, que tem na liberdade positiva sua expressão mais relevante.

A rigor, em matéria de família, exceção feita à bigamia – e, sob possível ponto de vista, às relações concubinárias “impuras” - a mácula da ilicitude não incide sobre os demais arranjos familiares que venham a se formar na sociedade.

Pode-se dizer que constituir família para além dos modelos referidos no artigo 226 da Constituição (casamento, união estável e família monoparental) não é “ilícito”, o que permite dizer que esses outros arranjos cabem no âmbito da liberdade negativa.

Afirmar isso não constitui algo propriamente novo: também não eram, por evidente, ilícitas as próprias uniões não matrimonializadas e as famílias

⁶¹² A parte final do parágrafo não exaure, por evidente, a formas de assistência que o Estado pode prestar aos integrantes da família, seja como Estado-juiz, legislador ou administração.

monoparentais antes de sua expressa apreensão constitucional.

A rigor, pode-se dizer que, como já exposto no título I deste trabalho, a liberdade negativa de constituir família sem contrariar a lei – mesmo que não conforme o modelo por ela privilegiado – é um traço do Direito Civil moderno.

Ocorre que a ausência de proibição não significa que essa liberdade seja juridicamente protegida no que se refere às decorrências do seu exercício. Se a codificação de 1916, por exemplo, não vetava constituir família por meio de uniões não matrimonializadas, tais arranjos livres, apesar de não serem ilícitos, sequer eram compreendidos pelo Direito como entidades familiares.

Isso trazia como consequência a impossibilidade de se admitir eficácia jurídica própria de relações juridicamente reputadas como familiares: a rigor, como antes exposto, trava-se de uma liberdade que, se exercida, retirava seus titulares do âmbito de relevância do direito de família. O direito não a apreendia, como se vê, como liberdade positiva. A resposta do jurídico a esses arranjos se limitava à possibilidade de se afirmar que não havia ilicitude. Não se cogitava, porém, nem de sua apreensão como *fattispecie* familiar nem, tampouco, de atribuição de efeitos jurídicos de tal natureza.

A ampliação do rol de entidades familiares reconhecidas de forma expressa pela norma jurídica, com o advento da Constituição de 1988, permitiu admitir um incremento da proteção jurídica da liberdade de constituir família. A rigor, desde 1988, optar pela constituição de uma união estável é, também, ter sua liberdade positiva como juridicamente protegida: não apenas o Direito afirma sua não-ilicitude, mas a apreende como *fattispecie* de natureza familiar⁶¹³ e chancela os efeitos decorrentes dessa opção de vida em comum.

A Constituição de 1988 não é, pois, nessa matéria, simples artífice da criação de um novo modelo jurídico de família. Para além disso, ela gerou uma ampliação da liberdade juridicamente protegida em matéria de família, sobretudo no que tange à união estável, que deixa de ser pensada apenas em termos de liberdade negativa para ter juridicamente reconhecida a liberdade positiva que em seu âmbito pode ser

⁶¹³ Mais amplamente, sobre a união estável e sua apreensão jurídica, RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

exercida⁶¹⁴.

A questão reside em saber se essa mesma liberdade positiva pode ser protegida tratando-se de outras entidades familiares que não sejam expressamente previstas na Constituição. Pode-se, desde logo, à luz da dimensão funcional a que se refere esta tese, sustentar que sim.

O que se pretende analisar na sequência é, portanto, como uma pluralidade familiar que não se sujeita a modelos legislados pré-definidos pode se fundamentar na liberdade positiva.

Trata-se de corolário do eudemonismo fundado na liberdade: a função de chancela e promoção da liberdade positiva na autoconstituição coexistencial por meio da família implica a impossibilidade de uma interpretação constitucional que restrinja os modelos de família juridicamente protegidos a um rol exaustivo.

Esse debate acerca da extensão da pluralidade familiar é dos temas mais controversos no direito de família contemporâneo. Desde os autores que como Paulo Luiz Neto Lôbo⁶¹⁵ preconizam uma pluralidade jurídica que recolhe a pluralidade social para afirmar que o rol constitucional de entidades familiares é exemplificativo, havendo, ainda, igual dignidade jurídica entre as entidades familiares, até aqueles que sustentam um rol exauriente, com hierarquização entre os modelos previstos na Constituição, os doutrinadores brasileiros têm debatido a possibilidade ou não de chancelar relações familiares diversas daquelas constantes do artigo 226 da Constituição.

A discussão não é ociosa: ampliar ou restringir o rol de entidades familiares passíveis de apreensão jurídica é admitir possibilidades eficaciais e, portanto, o reconhecimento de direitos e de deveres.

Toma-se, aqui, como ponto de partida, a superação da compreensão que, no

⁶¹⁴ Apesar de sua relevância inequívoca, a construção jurisprudencial levada a efeito anteriormente limitava a chancela de liberdade positiva a aspectos patrimoniais, pertinentes a uma suposta "sociedade de fato". A equiparação aos contratos, todavia, embora tenha sido, naquele momento histórico, compreensível, sobretudo pelo avanço que produziu no que tange à proteção das pessoas que viviam em "concubinato puro", não pode ser aceita contemporaneamente, haja vista a impossibilidade de se reduzir o direito fundamental de constituição de família a uma relação exclusivamente patrimonial.

⁶¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89 - 107.

passado, distinguia família de “entidade familiar”, afirmando que aquela somente seria formada pelo casamento. Essa concepção já chegou a ser sustentada no direito brasileiro, com doutrina relevante chegando a afirmar o seguinte:

*De fato, é pelo casamento que se forma a família (...) Não se encontram, portanto, sob a égide do direito de família as uniões livres entre homem e mulher que, voluntariamente, se não submetem ao regime estatal próprio do casamento.*⁶¹⁶

Prevalece, porém, contemporaneamente, o entendimento de que não há que se distinguir conceitualmente família de entidade familiar, uma vez que “as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito”⁶¹⁷ restando como objeto de debate a questão sobre se as entidades familiares/famílias no direito brasileiro se restringiriam ao casamento, à união estável e às famílias monoparentais ou se a Constituição apreenderia outros arranjos familiares.

Alguns dos que sustentam um rol exauriente realizam, a rigor, uma interpretação literal do texto constitucional, o que excluiria o reconhecimento de uniões homoafetivas, famílias simultâneas e outros arranjos não expressamente previstos no artigo 226.

Miguel Reale afirmava expressamente, v.g., a impossibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas sem uma emenda constitucional⁶¹⁸. Embora o fundamento resida na textualidade da Constituição, que faz referência à união estável “entre homem e mulher”, o fato da interpretação restritiva é revelador de que no entendimento do autor seria família perante o Direito aquilo que o texto normativo definir como tal.

Parte da doutrina chega a rechaçar a própria qualificação da união homoafetiva como família, consoante se infere do entendimento de Eduardo de

⁶¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, 1993, p. 10-11.

⁶¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maria. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 311

⁶¹⁸ FUGIE, Érica Harumi, **Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal?** Revista de Direito de Família, Vol. 15. Rio de Janeiro: Síntese, p. 140.

Oliveira Leite, ao negar a possibilidade de adoção por par homossexual sob o argumento de que isso seria negar ao adotando a satisfação do seu direito à convivência familiar⁶¹⁹.

Independentemente da questão atinente aos possíveis balizamentos eficaciais que podem receber os diferentes arranjos familiares que estão para além dos três modelos expressos na Constituição, o que se percebe, portanto, é que parte da doutrina sustenta, portanto, que a opção do constituinte deve ser compreendida estritamente.

Em contrapartida, há concepções doutrinárias que afirmam um rol aberto de entidades familiares⁶²⁰ na Constituição. Paulo Luiz Netto Lôbo, antes citado, aponta importantes argumentos para sustentar que o texto constitucional não pode, em seu artigo 226, ser interpretado como *numerus clausus*, aos quais se pode acrescentar a dimensão funcional que aqui se está a sustentar.

Se a expressão jurídica da família tem entre suas funções o exercício, a proteção e a promoção de liberdade(s), admitir uma interpretação restritiva que elimine, em termos concretos, a proteção jurídica de opções de constituição familiar livres na normatividade que esse (con)viver enseja pode ser encarado como uma violação dessa dimensão funcional.

Se a família for pensada como espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe nem ao Estado nem à comunidade a definição de como essa auto-constituição será desenvolvida. A ausência de proteção jurídica da liberdade vivida de quem opta por um modelo de família não expresso em lei ou no texto constitucional é, a rigor, a afirmação de que o Direito não reconhece como passível de tutela aquela forma de auto-constituição.

Não é isso, porém, que emerge do eudemonismo constitucional antes referido. Se a proteção jurídica é destinada à pessoa de cada componente da

⁶¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: _____. (Org.). **Grandes temas da atualidade - Adoção** - Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 101-144. Também negando natureza familiar à união homoafetiva, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo**: Uma espécie de família. São Paulo: RT, 2001, p. 547.

⁶²⁰ Entre eles, NEVARES, Ana Luiza Maria. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. São Paulo: RT, 2009.

família, não é relevante saber qual é o modelo em que essa pessoa está inserida para efeito de admitir ou não a proteção.

Essa proteção, entretanto, não pode se revelar autoritária, como direcionamento a padrões de conduta ou equalização sistemática. O respeito à diferença integra a proteção da pessoa no âmbito da família⁶²¹. A igualdade de tratamento que se impõe a todas as pessoas no âmbito de suas famílias, sejam quais forem, pode ser pensada como uma igualdade no respeito à liberdade.

Uma opção livre pela união estável, por exemplo, não faz do companheiro merecedor de tutela jurídica inferior à dispensada aquele que opta por se casar. A suposição de que a expressão “facilitar a conversão da união estável em casamento” traria uma prevalência jurídica do segundo em relação à primeira vem de uma leitura equivocada, pois facilitar não é impor nem estimular, mas, sim, oferecer instrumentos para o exercício de liberdade.

Ou seja: a) no âmbito da união estável – bem como no de outras entidades familiares não matrimonializadas –, o tratamento jurídico não pode ser, para situações equivalentes, discriminatório se comparado ao tratamento dispensado ao casamento, pois tal proceder violaria o sentido de proteção (da(s) liberdade(s)) das pessoas na família, ressuscitando uma concepção institucionalista que não tem lugar na ordem constitucional vigente; b) o tratamento diferenciado, porém, é possível e exigível quando o respeito à(s) liberdade(s) coexistencial(is) assim demandar, uma vez que formas diferentes de autoconstituição (e, portanto, de exercício de liberdade positiva) podem exigir do jurídico diferentes formas de proteção⁶²², que não caibam, necessariamente, em modelos legislativos prévios; c) todas as entidades familiares têm a mesma dignidade jurídica, porque igual o dever de respeito à dignidade e à liberdade de seus integrantes pelo direito, sendo igual, também, a exigibilidade de proteção e de incremento da dimensão existencial centrada na liberdade(s).

Entender, assim, que a função da família pode ser pensada em termos de

⁶²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 110.

⁶²² A esse respeito, PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **União estável**: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 8, out./dez. 2002

liberdade(s) é admitir que não é coerente com a ordem constitucional (que dá suporte a essa dimensão funcional) uma interpretação restritiva que exclua entidades familiares (*rectius*, pessoas) do âmbito da proteção a ser oferecida pelo direito. O que se sustenta, assim, é que a dimensão funcional pautada na liberdade impõe ao Direito a chancela das opções livres quanto a modos de vida em comum.

Isso não significa chancela pura e simples de uma relação de caráter contratual, como poderia se supor quando se pensa em pactos de convivência de caráter patrimonial. A liberdade na família, seja ela qual for, quando exercida, não se reduz a uma expressão pontual de autonomia privada que se constitui em um dado momento genésico a que se pode, no caso do casamento, denominar de negócio jurídico⁶²³.

Essa liberdade é mais ampla: é a liberdade que se vive, na qual se constroem compromissos recíprocos que não cabem normalmente em um contrato ou em um pacto, mas que se constituem no comportamento que forja a vivência comum. Exercer liberdade com caráter normativo não é só contratar: é também viver a liberdade (positiva) em relação, e dela poder extrair posições juridicamente sustentáveis e oponíveis.

A liberdade positiva vivida não é menos jurídica do que a liberdade positiva inserida em um negócio jurídico. Sobretudo nas relações existenciais, como a família, a lógica de sua apreensão e tutela pelo direito deve ser diferente daquela lógica pertinente a situações patrimoniais constituídas no âmbito da autonomia privada.

Nessa medida, reconhecer entidades familiares que extrapolam a tríade constitucionalmente expressa e a elas imprimir eficácia jurídica é, a rigor, realizar o próprio valor da liberdade consagrado na Constituição como direito fundamental.

A apreensão jurídica de realidades como as uniões homoafetivas, por exemplo, é um corolário da função promotora de liberdade(s) a ser exercida pelo direito de família. Não se trata, simplesmente, de oferecer respostas patrimoniais,

⁶²³ Na precisa lição de Gustavo Tepedino, “O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios – dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida em comum”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 339.

mas, sobretudo, reconhecer a dimensão existencial dessas relações como pertinentes ao direito de família. Mais do que isso, trata-se de imprimir juridicidade aos compromissos coexistenciais vividos pelo par, tal como no casamento e na união estável. Conforme Ana Carla Harmatiuk Matos:

*Defende-se, nessa perspectiva, a tutela de valores igualitários para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, por estar em sintonia com a tutela da dignidade da pessoa humana, núcleo central do atual ordenamento jurídico.*⁶²⁴

Luis Roberto Barroso traz reflexão precisa a esse respeito:

*Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.*⁶²⁵

Argumento semelhante pode dizer respeito à apreensão jurídica e à eficácia de arranjos conjugais simultâneos. Se a eficácia a ser atribuída às famílias simultâneas na perspectiva da conjugalidade não é, como regra, tão ampla como aquela pertinente a outras comunidades familiares, não se pode excluí-las do âmbito de relevância jurídica⁶²⁶.

⁶²⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 33. Sobre o tema, vide, também, SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva**: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

⁶²⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais**: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acessado em 8 de fevereiro de 2009.

⁶²⁶ Permitimo-nos indicar, mais amplamente, PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Vide, também, NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). **Diálogos sobre direito civil II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 573-598.

Há, naturalmente, limites à extensão dos efeitos que essa configuração pode ensejar. Muitos desses balizamentos podem ser pensados em termos de liberdade. Alguns exemplos podem ilustrar o que se está a sustentar.

Em uma situação de simultaneidade familiar em que o componente comum às duas entidades familiares oculta a situação de conjugalidade múltipla de seus companheiros/cônjuge, tal exercício de liberdade positiva acaba por tolher a efetiva liberdade destes na opção por manterem ou não os vínculos. Nesse caso, em que há um déficit de liberdade na opção de quem ignora a simultaneidade, pode-se limitar a eficácia benéfica que os vínculos poderiam ensejar para seu elemento comum, maximizando-se, porém, a tutela daqueles que, por ignorarem, foram privados de uma opção efetivamente livre em termos concretos.

Situação semelhante pode ocorrer quando a simultaneidade é ocultada de um dos núcleos familiares com a cumplicidade entre o integrante comum às duas entidades e companheiro. Trata-se de situação que, apesar de poder ser qualificada como concubinato, não fica alheia à eficácia jurídica a ser produzida entre o casal, que, contudo, não deve prejudicar o núcleo familiar que desconhece – e, por isso, não tem sua liberdade efetiva de permanecer casado/em união estável preservada.

Nos casos em que, contudo, há plena ostensibilidade entre os núcleos familiares simultâneos, com livre tolerância, não há razão, à luz de uma função da família centrada na liberdade, para se negar normatividade ao que deflui da liberdade vivida pelos integrantes dessas comunidades paralelas.⁶²⁷

Um juízo de reprovabilidade dessas relações pelo direito sob um fundamento pautado em uma visão dogmática (aqui no sentido de verdade incontestável, e não como dogmática jurídica) sobre a monogamia seria trazer para o direito pretensões de impor morais privadas majoritárias àqueles que delas não compartilham, prejudicando a diversidade inerente a um Estado Democrático e negando às pessoas igual consideração às suas liberdades.

⁶²⁷ Uma exceção a isso pode dizer respeito à bigamia propriamente dita. É que no casamento as famílias têm um momento constitutivo originário perante o próprio Estado, como uma entre outras opções de constituição familiar que se colocam para os sujeitos. Nessa medida, pode ser legítimo admitir que o Estado defina uma proibição quanto a dois ou mais vínculos simultâneos formalmente constituídos como casamento. Nos demais arranjos familiares, porém, a constituição se dá na vivência, sem um momento genésico marcado por um ato estatal. A apreensão estatal, nesses casos, se dá, como ensina Carmem Lucia Silveira Ramos, sobretudo pelos efeitos que a entidade familiar demanda. RAMOS, Carmem Lucia. **Família sem casamento**, op. cit., p. 130.

Permite-se discordar, aqui, pontualmente, do entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira que, sem embargo da exemplar análise sobre o princípio da liberdade no Direito de Família, parece superlativizar o caráter de “lugar da interdição” que se pode atribuir ao direito⁶²⁸. Em matéria de moralidade privada os poderes que discursivamente permeiam a sociedade já exercem suficientes interdições, não sendo, permitimo-nos sustentar, função do direito agravá-las.⁶²⁹

A liberdade de autoconstituição que se exerce na insubordinação aos padrões impostos pela sociedade, ainda que não compartilhada pela maioria, não pode ser objeto de *discrimen* fundado apenas em argumentos pautados nessas mesmas interdições sociais que a “liberdade como insubordinação”⁶³⁰ pretende superar, sob o risco de direito civil contemporâneo deixar de ser o lugar da liberdade para se tornar o lugar da “normalização”⁶³¹. É aí que o caráter privado da família avulta com maior força, ainda que no aparente paradoxo que a conduz à “praça” quando demanda proteção a essa liberdade exercida no interior da “casa”⁶³². É nessa dialética que se desenvolve a função como liberdade(s) no direito de família.

É certo, porém, que quando a inserção em uma dada situação familiar ocorre como sujeição, e não como liberdade positiva, de modo a não se configurar como autoconstituição, e, sim, como opressão (como a tolerância a uma situação de simultaneidade imposta pela dependência econômica da mulher em relação ao marido, por exemplo), o papel funcional da liberdade deve ser pensado em termos diversos. Não se chancela a normatividade de uma liberdade que inexistente em termos reais, mas se busca oferecer como contributo respostas jurídicas em termos de ampliação de liberdade.

⁶²⁸ Escreve o autor, sobre o princípio da monogamia, que cabe também ao Direito servir para impor o interdito do desejo, impondo uma “renúncia ao pulsional” mesmo em matéria de organização familiar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 110.

⁶²⁹ Claro exemplo de como o direito assume para si uma indevida função de normalização dos indivíduos é identificado na obra de Ricardo Marcelo Fonseca, no âmbito das relações de trabalho (especificamente por meio das regras que definem modos de conduta do trabalhador mesmo fora do ambiente de trabalho). FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

⁶³⁰ Sobre o tema, vide análise no título I, a respeito da liberdade em Michel Foucault.

⁶³¹ Em sentido foucaultiano. A esse respeito, vide seção 1.4 do título I deste trabalho.

⁶³² A referência, aqui, é à metáfora de Nelson Saldanha sobre o público e o privado, (SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**), sobretudo no marcante desenvolvimento levado a efeito por Luiz Edson Fachin em sua aplicação ao Direito de Família (FACHIN, Luiz Edson. Curso de Direito de Família, p. 73).

Não se olvida, portanto, que nem sempre integrar um dado arranjo familiar é uma opção livre. Além do exemplo citado acima, a família composta apenas por irmãos, bem como as famílias monoparentais, v.g., não podem ser reputadas *tout court* como exercícios de liberdade (ainda que, no caso das famílias monoparentais, a origem possa decorrer do exercício, por um dos seus integrantes, da liberdade de não permanecer casado). A proteção da dignidade dos integrantes dessas famílias é reveladora que a dimensão funcional da família – como dos demais institutos examinados – não se restringe à liberdade. Isso não significa que a função como liberdade(s) seja alheia a essas formações. Elas podem não decorrer do exercício de liberdade, podem não ser uma vivência de liberdade positiva, mas seu tratamento jurídico deve, sim, ser pensado em termos de preservação ou incremento de liberdade.

Quando o Superior Tribunal de Justiça protege os integrantes de uma família composta apenas por irmãos, como no REsp 159.851/SP⁶³³, por meio da garantia da impenhorabilidade do bem de família, está assegurando um patrimônio mínimo personalíssimo não apenas para o devedor, mas, sim, para todos os integrantes daquela comunidade familiar. Trata-se, como anteriormente exposto quando se versou sobre a tutela do patrimônio mínimo, de garantia de manutenção de um grau essencial de liberdade substancial.

Da mesma forma, quando se trata de proteção a ser oferecida às pessoas integrantes de famílias monoparentais, seja como políticas públicas de inclusão, quando seus componentes delas necessitam, seja de proteção aos filhos⁶³⁴, a função como liberdade(s) é dado relevante, seja como liberdade substancial, seja como contributo daí decorrente, visando a propiciar liberdade positiva.

A função, cabe ressaltar, não é da família como realidade sociológica, mas, sim, da família como instituto jurídico, e, portanto, do tratamento que o Direito oferece à família (como também, consoante antes examinado, tratava-se do

⁶³³ O acórdão, que teve como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, é assim ementado: “EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”. (D.J. 19/03/08)..

⁶³⁴ Pare exemplos do que se está a dizer, por todos, LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: RT, 1997, p. 257 e ss.

tratamento jurídico do contrato e do pertencimento). Assim, mesmo quando o arranjo familiar é uma imposição decorrente das vicissitudes da vida, a resposta que se espera da família como instituto jurídico (e, portanto, de toda a sua disciplina normativa) pode dizer respeito a contributos em termos de liberdade(s).

CONCLUSÃO

O itinerário desenvolvido no decorrer deste trabalho buscou aferir a viabilidade de uma proposta de fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil contemporâneo, com base em um conceito plural de liberdade: a função como liberdade(s).

A afirmação de uma função dos institutos de base do Direito Civil que pode consistir em propiciar o exercício, a proteção e o incremento de liberdade(s) situa-se no âmbito da tendência de personalização desse ramo do Direito, de modo coerente com os valores contemplados por um ordenamento jurídico centrado na pessoa humana.

Pode ser coerente, inclusive, com uma compreensão pré-normativa, de caráter material, que antecede proclamações legislativas formais, uma vez que é constitutiva da própria pessoa à qual o Direito se dirige, sempre compreendida, porém, como inserida na história. Esse caráter constitutivo deve ser aferido espaço-temporalmente, o que permite situá-la em um paradigma que resulta do legado haurido da Modernidade, ainda que ressignificado.

É porque a historicidade dos significados não se limita pela permanência dos significantes que parece ser inadequado pensar em um conceito unitário para a liberdade, notadamente quanto às necessidades da pessoa humana frente aos contributos que ela pode demandar do Direito Civil contemporâneo.— considerando-se a delimitação do lugar teórico de onde se constrói este trabalho.

Há uma inevitável inserção normativa dessa fundamentação pensada a partir do jurídico, que está situada em uma ordem Constitucional democrática que assegura a liberdade como direito fundamental.

Os comandos que daí emergem não permitem encarar a liberdade intersubjetiva em termos reducionistas, ou seja, apenas como liberdade negativa e formal. Embora a tutela normativa de um espaço de não coerção assegurado pela ordem jurídica integre uma antessala possível, a não consideração pelo Direito da liberdade de autoconstituição como definição dos rumos da própria vida (bem como

da possibilidade efetiva de realizar essa autoconstituição) enseja uma proteção deficitária do direito fundamental, podendo, até mesmo, em certos casos, implicar sua negação.

A liberdade formal e negativa integra de modo relevante a função como liberdade(s), mas não a esgota. Limitar as funções do Direito Civil à não coerção é insuficiente ante a extensão do comando constitucional pertinente ao direito fundamental de liberdade, importando em déficit de proteção.

Mais do que isso: pode ser precisamente a restrição da liberdade negativa de um indivíduo o modo pelo qual se incrementa a liberdade positiva e a liberdade material de outro.

O argumento típico do libertarismo, como o de Nozick, de que essa restrição significaria transformar a pessoa em um meio para satisfazer a interesses alheios não prevalece, porque supõe um individualismo atomizado, a pessoa como “separada” das demais. Toma como ponto de partida uma abstração conceitual, que pretende não apenas explicar a realidade, mas colocar-se em seu lugar.

Ocorre que a autoconstituição individual é sempre intersubjetiva, inserida na rede de relações sociais que antecede o próprio indivíduo: ao mesmo tempo em que constrói sua subjetividade, ele é constituído pela coexistência. Assegurar de modo incondicionado a liberdade negativa de um indivíduo pode importar privações de liberdade substancial para o outro (como ausência de acesso ou mesmo supressão de funcionamentos básicos) - e, nessa medida, a privação pode ser reputada o meio pelo qual se promove o lugar de não restrição à conduta daquele primeiro indivíduo.

A alteridade é traço inevitável da liberdade. Essa alteridade, entretanto, não é mera justaposição de espaços reciprocamente delimitados externamente: ela implica interseção de vidas livres, o que importa a responsabilidade intersubjetiva recíproca pelas liberdades dos indivíduos em relação. Não se é livre sozinho: a liberdade é sempre coexistencial. É aí que a liberdade se encontra com a solidariedade.

Isso não significa, porém, inserir a liberdade em uma totalidade abstrata que transcenda essas intersubjetividades concretas. Não se trata de supor um lugar em que a “verdadeira liberdade” é objetivada.

Foi por isso que no curso do presente estudo procurou-se demonstrar a

viabilidade de um conceito plural de liberdade, coerente com uma sociedade também plural cuja compreensão não se pretende aprisionada nem, muito menos, substituída, por modelos abstratos e totalizantes.

É aí que se situa a compatibilidade entre a liberdade plural e uma função que não remete a conceitos totalizantes, abdicando do organicismo funcionalista e ressaltando as finalidades múltiplas que podem se localizar nos fundamentos do Direito Civil hodierno.

Afirmar que os institutos de Direito Civil têm algo a promover em favor de pessoas tomadas em sua concretude – as quais somente podem ser compreendidas como insertas na multitude inter-relacional que compõe o tecido social – é rechaçar pretensões de que essas mesmas pessoas sejam reputadas como órgãos ou elementos cujos atos devem servir a um “todo” social unitário.

Nem a liberdade no isolamento do indivíduo de si para si, nem a liberdade externa à pessoa concreta: as abstrações do individualismo e do coletivismo não dão conta de explicar a complexidade de que se reveste o tema.

Por isso, a desenvolvimento de uma fundamentação da função como liberdade(s) tem como mediação necessária a crítica a essas duas concepções, não por apenas serem extremadas, mas, sobretudo, porque não permitem pensar na liberdade(s) em termos que propiciem sua aproximação à concretude da vida.

Daí a problematização tanto do perfil jurídico da liberdade no Direito Civil Moderno quanto dos discursos de funcionalização social de viés totalizante.

O repensar funcional do Direito Civil não é, contudo, excludente nem de expressões coletivas (que podem também integrar uma denominada função social) nem, tampouco, da autonomia privada. O que preconiza, entretanto, é que não se pode pensar em liberdade apenas como autonomia privada formalmente assegurada em um espaço de liberdade negativa situado no patrimônio, nem em função exclusivamente social, definido o adjetivo como pertinente à exterioridade a quem integra uma dada relação intersubjetiva valorada pelo Direito.

Em outras palavras: função como liberdade(s) não se confunde com a função social, mas também não a exclui; antes, admite espaços de interseção entre elas.

Permeia possibilidades de fundamentação, como exposto ao longo do

trabalho, das funções das expressões jurídicas do pertencimento, do contrato e da família que, sem embargo de reconduzidas a uma noção comum centrada na liberdade(s), não se reduzem a uma univocidade de perfil.

É que, sendo a liberdade conceito plural, não se pode supor, como ressaltado, a realização simultânea e não-conflituosa da integralidade dos seus perfis em todos os casos concretos: há hipóteses em que são harmonizadas, por exemplo, as liberdades formal, negativa, positiva e substancial; em outras, porém, o conflito entre os perfis de manifesta.

A possível análise dual de perfis, como realizada no título I, é ferramenta explicativa que não pressupõe incompatibilidade absoluta entre eles, nada obstante reconheça a colisão potencial.

Por isso a tese pôs em pauta, sem pretensões conclusivas, a discussão sobre os possíveis métodos de solução da colisão de direitos de caráter principiológico – a(s) liberdade(s) se situa(m) nesse domínio. Rechaçando um sistema puro de regras, o trabalho apreende a necessidade de repensar a metodologia do Direito para além do Positivismo e da lógica da subsunção, bem como de um puro voluntarismo hermenêutico, embora não importe adesão integral nem incondicionada a qualquer das concepções apresentadas.

Não obstante reconheça o necessário repensar metodológico, a emergência dessa reflexão não impede a enunciação da proposta de fundamentação que compõe o cerne desta tese, qual seja, a de que se pode afirmar uma dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil centrada em uma compreensão plural - e internamente dotada de potencial conflito entre perfis de liberdade - que pode permitir afirmar que contrato, propriedade e família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistenciais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer consequências materiais advindas do exercício desse direito.

A enunciação deixa claro o sentido fundamental que aqui se atribui à função: não se trata de mero limite, mas, sim, de efetivos contributos que esses institutos devem promover em favor dos indivíduos em relação. Nem a função é coerção (embora possa empregá-la como instrumento para a realização do contributo a ela pertinente) nem a liberdade se define apenas pela ausência desta última – podendo

a liberdade positiva e a liberdade substancial, por exemplo, depender, para o seu exercício, de coerção estatal em face do titular de uma posição formal de liberdade.

Por isso, o trabalho prosseguiu na reflexão crítica a respeito da função como liberdade(s) em cada um dos três pilares de base do Direito Civil, em problematização exemplificativa que pôs em pauta as possibilidades compreensivas desses institutos à luz da dimensão funcional proposta.

Prosseguiu nessa senda buscando a possível interseção entre a função social da propriedade – e, de modo mais amplo, do pertencimento jurídico – e a função como liberdade(s). Dessa interseção vem à tona argumento que corrobora tendência de autonomização da posse em relação à propriedade, haja vista o potencial da primeira na promoção de funcionamentos em favor do possuidor, de seus familiares e de terceiros – e, portanto, do incremento de um espaço de liberdade efetiva, substancial. Eis aí uma das questões mais relevantes do aspecto funcional da posse e da propriedade, que propicia uma passagem da abstração da titularidade formalmente assegurada à efetividade da posse exercida.

Assegura essa possibilidade o perfil positivado da função social da propriedade, que traz em seu conteúdo potencialidades de incremento de liberdade(s), com ênfase à noção de bem-estar. Este, em uma leitura contemporânea, é concretamente aferível na vida relacional dos indivíduos como resultante do nível de liberdade efetiva de que estes podem fruir.

Esse contributo funcional pode integrar a fundamentação da tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo, a ser pensado tanto como exceção material limitadora de pretensões executivas como na perspectiva do acesso a bens que assegurem um conjunto capacitatório apto a ensejar um nível de liberdade(s) compatível com uma vida digna.

O contrato também pode ser compreendido nessa mesma racionalidade. Instrumento de satisfação de necessidades, ele é também ferramenta de exercício e promoção de liberdade(s), tanto como materialização de autonomia formalmente assegurada, quanto no que dele pode resultar em termos de acesso a funcionamentos que, a seu turno, ampliam liberdade(s).

Seu plano funcional está, para além do incremento de relações econômicas e da dinamicidade do mercado, sobretudo vinculado aos contributos que pode

oferecer aos próprios contratantes em termos de liberdade(s), haja vista sua aptidão para gerar uma ampliação do conjunto capacitatório individual.

A preservação e o estímulo a essa aptidão justificam a atuação do Direito nas relações contratuais, seja para assegurar prestações funcionais como liberdade(s), seja para evitar que o contrato, ao reverso do que é o seu contributo esperado, transforme-se em instrumento de redução da(s) liberdade(s), por exemplo, da parte mais vulnerável.

Também a família, mesmo imantada de lógica diversa das relações patrimoniais, pode sofrer o influxo da uma função como liberdade(s) – que, por evidente, aqui terá operatividade diversa, ainda que se reconduza a uma mesma esfera de fundamentação centrada no conceito plural de liberdade.

Assim, a proteção jurídica da pessoa na família, e não da família a despeito da pessoa, apresenta-se como uma expressão operativa da fundamentação funcional que demanda a chancela da liberdade positiva dos indivíduos na constituição de suas relações existenciais de afeto.

A função como liberdade(s) impõe nesse âmbito não apenas a afirmação da ausência de ilicitude de relações familiares não expressamente previstas em lei – o que poderia significar deixar à margem do Direito opções de vida que não se subsumem à moldura estrita das regras –, mas, também, a chancela daquilo que emerge, inclusive como normatividade, do exercício dessa liberdade vivida.

Proteger a(s) liberdade(s) vivida(s) e promover a vivência da(s) liberdade(s): pode-se identificar aí aspecto que ocupa a centralidade da dimensão funcional aqui explicitada. Essa vivência (seja nas relações de pertencimento, nos contratos ou na família), não se satisfaz apenas com a garantia formal de autonomia privada, embora esta última também integre o conjunto plural a que se denomina de liberdade(s).

De tudo isso avulta a ideia de que o jurídico não mais pode reduzir a liberdade a uma proclamação discursiva formal, cujo exercício seja reservado apenas “àqueles que já são livres” no “lugar” da liberdade do Direito Civil oitocentista.

O enclausuramento da liberdade no discurso formal dos Códigos é o avesso da afirmação do seu valor, que se realiza na vivência da liberdade, na possibilidade efetiva não apenas de fazer escolhas, mas de construir a si próprio na relação com o

outro.

A efetividade dessa liberdade vivida, e não só proclamada, é o que reside nas pretensões da tese proposta, as quais, talvez, já tenham sido anteriormente melhor expressadas no poema de Thiago de Mello:

*Fica proibido o uso da palavra liberdade,
a qual será suprimida dos dicionários
e do pântano enganoso das bocas.
A partir deste instante
a liberdade será algo vivo e transparente
como um fogo ou um rio,
e a sua morada será sempre
o coração do homem.*

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. Liberdade de contratar e livre iniciativa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Universidad Externado de Colômbia, 1995.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: ____ (coord.) **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ.

ALTHUSSER, Louis. Contradição e sobredeterminação. In: _____. **A favor de Marx**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969..

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AVILÉS, Maria del Carmen Barranco. **Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales**. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Ano V. no. 9. Madrid: Universidad Carlos III, ju/dic 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: _____. **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado**. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p.113-120.

BARCELLONA, Pietro. **El Individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

_____. **Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno**. Napoli: Jovene, 1987.

BARROSO, J. Durão. Verbete Função *In: POLIS – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo: 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Diferentes, mas iguais**: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>. Acessado em 8 de fevereiro de 2009.

BARSTED, Leila. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro: Tempo e Espaço/UFRJ, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Sygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BÉNABENT, Alain. Droit Civil. **Les Obligations**. Paris: Montchrestien, 1997.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of freedom. In: BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty. Oxford. Oxford University Press, 1979.

BEVILACQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto *et al.* **A lei do inquilinato**: anotada e comentada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 76. No mesmo sentido, POPP, Carlyle. **Comentários à nova lei do inquilinato**. Curitiba, Juruá, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: UNB, 1995.

_____. **Estudos sobre Hegel**: Direito, Sociedade Civil, Estado. São Paulo: UNESP, 1991.

_____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política Moderna**. Brasília: Brasiliense, 1994.

BONNECASE, Julien. **La filosofia del Codice de Napoleon aplicada al Derecho de Familia**. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1945.

BOURGEOIS, Bernard. Marx et les droits de l'homme. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. **Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral**. Havard Law

Review, v. 85, n. 6, p. 1089-1128. Traduzido para o espanhol pelo Centro de Estudios Públicos – Chile. Disponível em www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1091.html. Acessado em 28 de dezembro de 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

CARBONELL, Miguel. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CARBONERA, Silvana. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-315.

CARBONNIER, Jean. Droit Civil. 4. **Les Obligations**. Paris: PUF.

CARCOVA, Carlos Maria. **Justicia como equidad o sociedad como conflicto** (Una lectura crítica del liberalismo político). [s.l.], [s.d.].

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Reorganizar a sociedade**. Lisboa: Guimaraes Editores.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. In: **Cours de Politique Constitutionnelle**. Tome II. Paris : Guillaumin, 1872.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso proprietário e suas rupturas**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

COUTO E SILVA, Clovis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DARNTON, Robert. **Boemia literária e revolução: O submundo das letras no Antigo Regime**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

DELRUELLE, Edouard. **Métamorphoses du sujet: L'Etique philofique de Socrate à Foucault**. Bruxelles: de Boeck, 2004.

DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. (org). Encyclopédie. Tomo 15. Disponível em <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-23402&I=543&M=pagination>. Acessado em 5 de abril de 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo da tradução espanhola da obra RODOTÁ, Stefano. **El Terrible Derecho**. Madrid: Cvitas, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 2002..

DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da segurança jurídica à questão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUARTE, Ecio Ramos. **Teoria do Discurso e correção normativa do Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

DUGUIT, Leon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1911.

_____. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L'Etat**: Conférences faites a L'École des Hautes Études Sociales. Paris: Felix Alcan, 1908.

_____. **Les transformations générales du droit prive depuis le Code Napoleon**. Paris: Felix Alcan, 1912.

_____. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Columbia. Nova York, 1920. Disponível em <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67860z.r=duguit.langPT>. Consultado em 5 de março de 2009.

_____. **Traité de Droit Constitutionnelle**. Tome 3^e. Paris: Fontemoing, 1923.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 345-356.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins-Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1994.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of judicial review. London: Harvard University Press, 1980.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**. Disponível em <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1877/anti-duhring/ch24.htm>. Acessado em 04 de maio de 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

____.; BREIKALO, Uiara Andressa. **Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual**. Artigo inédito (no prelo).

____; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da funcionalização da propriedade no modelo brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

____. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: ____ (coord.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Herméneutique du Sujet**. Seuil/Gallimard, 2001.

____. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H.L.; RABINOW, P. **Michel Foucault: Uma trajetória filosófica – para além do estruturalismo e da hermenêutica**. [s.l.], [s.d.] .

____. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

____. **História da sexualidade**: o uso dos prazeres. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

____. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes.

FRANGI, Marc. Constitution et Droit Privé: **Les droits individuels et les droits économiques**. Aix-en-Provence: Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1992.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: Nova Cultura, 1985.

FUGIE, Érica Harumi, **Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal?** Revista de Direito de Família, Vol. 15. Rio de Janeiro: Síntese.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: RT, 2001.

GEDIEL, José Antônio Peres. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES, Manoel Eduardo Camargo e. **O Regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional**. Tese de doutorado defendida e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

____. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. **História da Propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUTERREZ, José Augusto. **A questão agrária brasileira e a atuação do MST para efetivação de direitos à luz do conceito de hegemonia em Gramsci**. Dissertação de Mestrado defendida perante o programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2008).

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Ed. Loyola, 2004.

_____. **Faticidad e validad**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2008.

_____. Paradigms of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) **Habermas on Law and Democracy**. Berkeley: University California Press.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Le Code Civil**. Paris : Dalloz, 2003.

HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Caoulouste Gulbenkian, 1994.

HAYDEN, Patrick. Introduction to MILL, John Stuart. **On Liberty**. New York: Barnes and Noble, 2007.

HAYEK, Friedrich von. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1987.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade**: A miragem da justiça social. Vol. II. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **Direito, legislação e liberdade**: normas e ordem. Vol. I. São Paulo: Visão, 1985.

____. **The Principles of a Liberal Social Order**. Il Politico: Rivista di Scienze Politiche. Anno XXXI, n. 1, 1966.

HESSE, Konrad. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Lisboa: Almedina, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOBBSBAWN, **A Era dos Extremos**: O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen. **Benjamin Constant et la genèse du Libéralisme Moderne**. Paris: PUF, 1994.

HOPPE, Hans-Hermann. **The Economics and Ethics of Private Property**. Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic Publishers. Disponível em http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232005000100020&script=sci_arttext. Acessado em 7 de abril de 2009.

IHERING, Rudolf von, **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

____. **El Fin en el Derecho**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: _____. (Org.). **Grandes temas da atualidade - Adoção** - Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A função social do contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil**. In: CANEZIN, Claude. **Arte Jurídica**. V. II. Curitiba: Juruá, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 24, p. 136-156, 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 7. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MACPHERSON, C.B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo**: De Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARCUSE, Herbert. **Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005.

____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005.

____. **Solidariedade na doença e na morte**: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

____. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo**: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor, ano 14, nº56, out-dez de 2005.

____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas**. Disponível em <http://www.ibec.inf.br/leonardo2.pdf>. Acessado às 22h 44 min do dia 30 de março de 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.

____. Mercado e Solidariedade Social. In: _____. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.

____. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf. Acessado em 12 de abril de 2009 (função social como limite e fundamento da liberdade contratual).

____. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1987.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **O “Ser” e o “ter” na codificação civil.** In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Evaldo Cabral de. O fim das casas-grandes. In: NOVAIS, Fernando. **História da vida privada no Brasil**, v.2: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MERCHIOR, José Guilherme. **Liberdades.** Gazeta do Povo. Curitiba, 21/12/1987.

MERTON, Robert. **Social Theory and Social Structure.** New York: The Free Press, 1968.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie du Droit: réformes du droit de la famille.** Paris: Sirey, 1975. t. 20.

MILL, John Stuart. **On Liberty.** New York: Barnes and Noble, 2007.

MISES, Ludwig von. **O Intervencionismo.** Trad. Joaquim Teixeira Ribeiro. Coimbra: Coimbra, 1944.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas.** São Paulo: RT, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède e de. O Espírito das Leis. Brasília : Editora UNB, 1982.

MORAES FILHO, Evaristo de. (org.) FERNANDES, Florestan (coord). **Comte: Sociologia.** São Paulo: Atica, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORIN, Gaston. **L’oeuvre de Duguit et Le Droit Privé.** In: Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. N°1 – 2, 1932

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil.** Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno.** 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

NAMUR, Samir. A tutela das famílias simultâneas. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). **Diálogos sobre direito civil II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maria. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia representativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NIORT, François. **Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle**. Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques. N. 42. Paris : PUF, 2005

NORONHA, Fernando. **O direitos dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Lamartine Correa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. Vol IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. (org) **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà** – atti del convegno Camerin. 27-28 maggio 1982. Napoli: E.S.I., 1983.

_____. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Veja 25 Anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: Da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (coord.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

____. **União estável:** entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 8, out./dez. 2002.

PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français: Obligations.** Tome VI. Paris : LGDJ, 1930.

POLIDO, Fabrício Pasquot. **A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários.** In: *Revista Trimestral de Direito Civil.* v. 27. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários á Constituição de 1967.** Tomo VI. São Paulo: RT, 1968.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tomo 1. São Paulo: Itatiaia, 1987.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil.** Disponível em <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>. Acessado em 10 de abril de 2009.

____. *L'Âme universelle de la législation.* In : EWALD, François (dir.) **Naissance du Code Civil : La raison du législateur.** Paris : Flammarion, p. 271 a 275.

POSNER, Richard. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory.** *Journal of Legal Studies*, v. 8. Jan. 1979. Disponível em www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1088.htm. Acessado em 28 de dezembro de 2005.

POSTER, Mark. **Teoria Crítica da Família.** Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Lisboa: Almedina, 1982. PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo.** Ciudad del Mexico: Fontamara, 1999.

PUGLIATTI, Salvatore. *Autonomia Privata.* In: **Enciclopedia del Diritto.** Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de la Proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

QUESNAY, François. **Analyse de la formule arithmetique du Tableau Economique de la distribution des despenses annuelles d'une nation agricole.** Extraído do site <http://www.taieb.net/auteurs/Quesnay/tableau.html>, consultado às 21h 25 min do dia 02 de maio de 2009.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

RAO, Vicente. **Ato jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1981.

RAWLS, John. As liberdades básicas e sua prioridade. In: **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Atica, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Extraído de <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Consultado em 12 de maio de 2009.

RENNER, Karl. **Gli Istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Il Mulino, 1981.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: _____. Direito dos contratos. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre La propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1983.

RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. La crisis Del Estado de Bienestar. In: **Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos**. N. 4. Navarra: Universidad de Navarra, 1994.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio. **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SACCO, Rodolfo. L'Autonomia Contrattuale. In: RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**. Tomo II. Torino: UTET, 2003.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. São Paulo: EDUSP, 1992.

SANTORO, Emilio. **Autonomy, Freedom and Rights**: A critique of liberal subjectivity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato: elementos para uma conceituação**. In: Revista de Direito Privado, São Paulo, RT, vol. 13, p. 99-111.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 2ª. Ed. 2006.

SAVIGNY, Friedrich Von. **Sistema de Diritto Romano Attuale**. Vol 3. Torino: Unione Tipografico, 1900..

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHULMAN, Gabriel. **Direito Fundamental no Plano de Saúde: Do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Curitiba, 2009.

SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Inequality Reexamined**. New York-Oxford: Russel-Clarendon, 1992.

SÉRIAUX, Alain. **Le Code Civil entre artisanat et ideologie**. Droits : Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique. n. 42. Paris : PUF, 2005.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. Trujillo: Normas Legales, 1995.

SÈVE, Lucien. Marx et l'individualité. In: PLANTY-BONJOURS (dir.) **Droit et liberté selon Marx**. Paris: PUF, 1986.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **O Direito das minorias: passagem do 'invisível' real para o 'visível'formal?**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais pela UFPR, 2004.

SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terra-mas, s.d.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citizen**. In : François Furet et Ran Halévi (org.) Orateurs de la Révolution Française : les constituants. Tomo I. Paris : Gallimard/NRF, 1989.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Prof. Titular de Direito Constitucional da USP. São Paulo: 2005.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. **A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen**. Ciência e saúde coletiva. vol.10, nº 1. Rio de Janeiro, Jan/Mar 2005. Disponível em

SKINNER, Quentin. The paradoxes of political liberty. In: The Tanner Lectures on Human Values. Harvard University, 1984.

SOMBRA, Thiago Luiz Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Função social da terra**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUZA, Sandra Coelho de. **A ética de Michel Foucault**. Belém: CEJUP, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva**: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAKEMI, Eduardo. O tempo da família: notas sobre o tempo como elemento da *fattispecie* da família. BARBOSA, Heloísa Helena *et al* (org) **Diálogos sobre Direito Civil**: Construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2008, p. 61-62.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TEPEDINO, Gustavo. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Revista Trimestral de Direito Civil. n. 35. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2008, p. iv.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil-Constitucional hoje – Editorial**. RTDC. In: Revista Trimestral de Direito Civil. n. 26. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun 2006

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: Um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-339.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário**: Sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VOLTAIRE. **Dictionnaire Philosophique**. Disponível em <http://www.voltaire-integral.com/Html/19/liberte.htm>. Acessado em 05 de abril de 2009.

WALD, Arnaldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, Ano 5, vol. 17, jan-mar 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. vol. 1. São Paulo: RT, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**. Vol Primo. Torino: Unione Tipografico, 1902.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição Federal e no projeto do Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.